

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 897/20.11.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 64412/23.11.2023, depusă de ... SA, cu sediul în bd. ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... - președintele consiliului de administrație și convențional de doamna avocat ..., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului „Execuție lucrări pentru funcționalitatea, reabilitare Corp C1 Liceu și Corp C2 Cantina pentru Colegiul Pedagogic ...”, cod CPV 45212314-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 03.05.2023, anunț de participare nr. .../18.03.2023, organizată de Municipiul ..., cu sediul în bd. ..., ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat, în esență, anularea rezultatului evaluării ofertelor de pe locurile I și II și obligarea autorității la reevaluarea acestora.

La 04.12.2023, ... SA, cu sediul în ..., ..., județul ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... - administrator și convențional de doamna avocat ..., cu sediul profesional în str. ..., ..., județul ..., ales pentru comunicarea actelor de procedură, a înaintat Consiliului cererea de intervenție voluntară nr. 123/29.11.2023, prin care solicită respingerea, ca nefondată, a contestației ... SA și menținerea actelor întocmite de autoritatea contractantă, cu cheltuieli de judecată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ., și pentru motive care țin de economie procedurală.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ... SA reclamă decizia autorității contractante

Municipiul ... de admitere a ofertelor asocierii ... SA - ... SRL (100 puncte – locul I) și asocierii ... SRL - ... SRL (96,80 puncte – locul II), precum și de clasare pe locul III (94,02 puncte) a ofertei ... SA, învederând în motivare că autoritatea s-a abătut de la prevederile legale și de la cele dispuse de Consiliu în decizia nr. .../ 05.10.2023.

Prin adresa nr. 107063/24.08.2023, autoritatea a solicitat prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare, ce urmau a expira pe 04.09.2023, cu 60 de zile. Următoarea solicitare de prelungire a fost formulată abia la 07.11.2023, „având în vedere că ofertele au expirat la data de 04.11.2023”. Oferta care, în termenul de valabilitate, nu a fost acceptată devine caducă, adică încetează a mai produce efecte. Odată expirată, oferta asocierii ... SA - ... SRL nu putea să fie prelungită, iar prelungirea semnifică o nouă ofertă, depusă după data-limită, ce trebuia respinsă.

Totodată, în cazul câștigătorului sunt incidente și cazurile de excludere întemeiate pe art. 167 alin. (1) lit. b), g) și h) din Legea nr. 98/2016, pentru nedeclararea în DUAE a documentului constatator negativ 64353/01.11.2021 emis de ... SA, precum și pentru nedeclararea, la data prezentării documentelor suport DUAE, a deschiderii procedurii generale a insolvenței a ... SRL, în dosarul nr. ... al Tribunalului ..., mai cu seamă că insolvența a fost deschisă chiar la solicitarea ... SRL. Intenția ofertantului de a nu furniza/ascunde aceste informații. Art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 impunea ca datele furnizate de ofertant să fie reale la momentul la care sunt furnizate autorității.

La dosarul achiziției publice se regăsește un extras de pe portalul Tribunalului ... cu soluția privind deschiderea insolvenței ... SRL, fapt ce atestă că autoritatea cunoștea existența cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. b), dar a ignorat art. 169 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 167 alin (1) lit. h) (obligația de sinceritate a ofertantului, în susținerea căreia contestatoarea invocă jurisprudență).

Autoritatea a solicitat ... SRL clarificări referitoare la documentul constatator negativ și, în urma răspunsului primit, a reținut că „nu există nici un document constatator negativ încărcat în SEAP pe numele asociatului ... SRL”, însă aplicarea cazului de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) (încălcarea gravă a obligațiilor asumate executarea unui contract anterior) nu presupune luarea în considerare doar a documentelor constatatoare publicate în SEAP. Refuzul autorității de analiza efectiv incidența cazului de excludere a ofertantului declarat câștigător este vădit nelegal.

Reevaluarea efectuată de autoritate în privința ... SA - ... SRL este nelegală și pentru că asocierea nu a făcut dovada deținerii personalului cheie (manager de proiect, asistent manager de proiect și șef șantier) în acord cu documentația de atribuire, ceea ce atrage neconformitatea ofertei. Nici în urma răspunsului la solicitarea de clarificări, inclusiv

documentele suplimentare depuse de ofertant în luna octombrie 2023, nu s-a făcut dovada condițiilor impuse pentru personalul cheie propus (în special a experienței similare). Pentru dovedirea experienței personalului propus, trebuia să facă dovada nu numai a vechimii în specializare, ci și a participării pe o poziție similară în minimum un contract de lucrări de consolidare monumente istorice/construcții civile – recomandare sau adeverință nominală din partea beneficiarului din care să rezulte perioada în care a participat la execuția lucrării, denumirea lucrării și prețul contractului.

În privința domnului ... - manager de proiect -, au fost indicate două recomandări de la Episcopia Romano-Catolică, pentru contractele nr. 10769/03.07.2020 și 1757/ 18.06.2018, în care activitatea efectivă ca manager de proiect totalizează 6 ani și 8 luni, față de 7 ani solicitați.

În privința domnului ... - asistent manager de proiect -, au fost indicate două recomandări de la Universitatea de Medicină și Farmacie în care activitatea efectivă totalizează 3 ani și 7 luni, față de 5 ani solicitați.

În privința domnului ... - șef șantier -, a fost depusă o recomandare emisă de Episcopia Romano-Catolică în care activitatea efectivă totalizează 3 ani și 4 luni, față de 5 ani solicitați.

Recomandările emise de angajator reținute ca fiind concludente de către autoritate nu respectă cerințele impuse prin caietul de sarcini, întrucât nu emană de la beneficiari ai lucrărilor. Ofertantul nu poate dovedi experiența similară prin acte emise de el însuși.

Conform fișei de date a achiziției, ofertanții trebuiau să facă dovada că au executat și dus la bun sfârșit lucrări similare din punct de vedere al complexității cu cele care fac obiectul achiziției în valoare de minimum 50.000.000 lei, fără TVA, la nivelul a maximum 5 contracte de lucrări similare, în cel mult 5 ani anteriori datei-limită de depunere a ofertelor. Din procesul-verbal nr. 138011/30.10.2023 se poate constata că, în dovedirea acestei cerințe, asocieria a indicat patru contracte anterioare, între care:

- contractul nr. 20/12.08.2015 („Sediu pentru Specializarea Tehnologia prelucrării produselor agricole TPPA”), în care ... SA a derulat/executat lucrări în perioada 17.08.2015 - 13.07.2018; și

- contractul nr. 272646/28.11.2017, încheiat cu Universitatea de Medicină și Farmacie Gr. T. Popa ..., în care s-au executat lucrări în perioada 18.11.2017 - 20.03.2020.

Autoritatea a luat în considerare valoarea integrală a lucrărilor executate de ... SA în cadrul acestor două contracte, împotriva celor menționate în fișa de date a achiziției (03.05.2018 - 03.05.2023, respectiv 5 ani înainte de data-limită).

Și în privința ofertei asocierii ... SRL - ... SRL este incident cazul de excludere reglementat de art. 169 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, ca urmare a nedeclarării existenței documentului constatat negativ

intermediar nr. 54124/29.09.2022, emis de ... SA, despre care autoritatea a fost înștiințată.

În plus, oferta este inacceptabilă și din cauză că include dovada resurselor deținute de terții susținători, respectiv a „modului efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui ca anexe la respectivul angajament”. Cerința autorității a fost: *„Angajamentul ferm privind susținerea economică și financiară acordată de terțul susținător. Angajamentul ferm va fi încărcat în SEAP/SICAP, în mod obligatoriu, împreună cu DUAE cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii. Angajamentul trebuie să fie explicit, scris și necondiționat, precizând fără echivoc cerința pentru care terțul înțelege să acorde susținerea, precum și modalitatea concretă de acordare a susținerii în condițiile legii. Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui ca anexe la respectivul angajament. Angajamentul ferm prezentat de ofertant trebuie să prevadă care sunt resursele care sunt aduse în susținere și să evidențieze faptul că disponibilizarea acestora se va realiza necondiționat în funcție de necesitățile care apar pe parcursul îndeplinirii contractului în cauza, în condițiile și în termenele acestuia. Se vor respecta prevederile art. 182 și următoarele din Legea 98/2016 privind terțul susținător.”*

Asocierea a apelat la susținerea tehnică și profesională a ... SRL și ... SA, în privința cărora a depus „angajament de susținere”, fără însă a face dovada modului efectiv în care se va materializa susținerea acestora, respectiv fără a fi respectată obligația de a prezenta concret care sunt resursele/ utilajele/personalul, după caz, pe care le va putea mobiliza terțul susținător. Lipsa prezentării modalității concrete și a resurselor pe care terțul susținător le poate pune la dispoziție în vederea executării contractului, dacă va fi necesar, raportat la răspunderea solidară a acestuia față de autoritatea contractantă, constituie motiv de respingere a ofertei.

În punctul său de vedere nr. 1522421/28.11.2023 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 65296/28.11.2023, autoritatea contractantă susține în apărare că oferta câștigătoare a fost valabilă pe toată perioada desfășurării procedurii. Evaluarea a fost finalizată în interiorul termenului de valabilitate a ofertelor și a garanțiilor de participare. Raportul procedurii a fost încheiat doar după ce autoritatea s-a asigurat că participanții au ofertele valabile, precum și garanția de participare. Raportul a fost finalizat anterior datei de 09.11.2023 și a fost înregistrat la momentul în care garanțiile de participare erau valabile.

Totodată, având în vedere contextul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 90/2023 pentru aprobarea unor măsuri de reducere a cheltuielilor bugetare pe anul 2023 în vederea încadrării în ținta de deficit bugetar asumată prin programul de convergență, comunicările au fost întocmite cu mențiunea că perioada de valabilitate a ofertelor și garanțiilor să fie prelungită până la momentul în care autoritatea va avea dreptul legal de a încheia angajamentul legal (art. II alin. (1) din ordonanță).

Autoritatea a fost înștiințată despre starea de insolvență a ... SRL de către un alt ofertant, însă starea de insolvență apărută pe parcursul procedurii nu presupune eliminarea ofertanților din licitație. În urma consultării buletinului procedurilor de insolvență, autoritatea a constatat că ... SRL are intenția de reorganizare. În care autoritatea consideră acceptabilă intenția de reorganizare, oferta poate fi considerată admisibilă.

Problema certificatului constatator al ... SRL a fost discutată și în prima contestație a ... SA, iar Consiliu nu a considerat ca fiind o problemă acest aspect. Autoritatea a cerut clarificări ofertantului, iar răspunsul a fost considerat satisfăcător.

Ofertantul declarat câștigător îndeplinește condițiile solicitate prin documentația de atribuire și face dovada deținerii personalului cheie.

Pentru manager de proiect sunt îndeplinite cele două cerințe:

- experiența de minimum 7 ani ca șef șantier sau superior în domeniul de consolidare monumente istorice, clădiri de patrimoniu: recomandare obiectiv Catedrala Veche Romano-Catolică ..., durata 39 luni; recomandare obiectiv „Tăierea Capului Sf. Ioan Botezătorul” și sit arheologic Zona Curții Domnești Vaslui, durata 41 luni; decizie și recomandare obiectiv „Duminica Tuturor Sfinților” Banu ..., durata 14 luni; decizie și recomandare Spital Clinic Socola ..., durata 29 luni;

- poziție similară la minimum un contract de lucrări de consolidare monumente istorice: recomandarea de la Catedrala Veche Romano-Catolică ..., prezentându-se durata și valoarea contractului.

Pentru asistent manager sunt îndeplinite cele două cerințe:

- experiența minimum 5 ani ca șef șantier sau superior în domeniul execuției lucrărilor civile: recomandare Corp C4 ..., durata 8 luni; decizie și recomandare Antibiotice ..., durata 62 luni.

- poziție similară la minimum un contract de lucrări civile: recomandare Corp C4 ... și decizie, prezentându-se durata și valoarea contractului.

Și pentru șef șantier sunt îndeplinite cele două cerințe:

- experiența minimum 5 ani ca șef șantier sau superior în domeniul de consolidare monumente istorice, clădiri de patrimoniu: recomandare Catedrala Veche Romano-Catolică, durata 39 luni; decizie și recomandare obiectiv C4 ..., durata 8 luni; decizie și „PVTL” obiectiv Maternitatea Cuza Vodă, durata 8 luni; decizie și recomandare Biserica Tuturor Sfinților,

durata 8 luni; decizie hol central clădire rectorat Palatul Calimachi, durata 5 luni;

- pentru dovedirea participării pe o poziție similară la minimum un contract de lucrări civile: recomandare Catedrala Romano-Catolică și recomandare ... SA, prezentându-se durata și valoarea contractului.

Reiese clar experiența personalului cheie a personalului declarat, redată de autoritate în format tabelar.

În urma reanalizării documentelor depuse rezultă că personalul prezentat îndeplinește condițiile solicitate prin documentația de atribuire, iar oferta este declarată conformă.

Problema certificatului constatator al ofertantului ... SRL a fost discutată și în prima contestație a ... SA. Autoritatea a cerut clarificări ofertantului, iar răspunsul a fost considerat satisfăcător.

Asocierea ... SRL - ... SRL face dovada deținerii forței de muncă necesară pentru execuția lucrărilor, prezentând în propunerea tehnică resursele umane ce vor fi utilizate în execuție pe categorii de specialități. Pentru clarificări suplimentare, ofertantul a transmis documentul intitulat „Totaluri lunare muncitori”, document auxiliar graficului Gantt, prin care prezintă corelarea dintre lista cu forța de muncă prezentată și graficul de execuție.

Referitor la utilaje, instalații și echipamente tehnice, oferta tehnică și justificările prezentate răspund cerințelor autorității. Dimensionarea resurselor necesare executării lucrărilor, inclusiv utilajele și echipamentele, este în directă corelare cu activitățile din graficul de execuție. În propunerea tehnică este prezentată declarația angajament asociere ... SRL - ... SRL privind utilajele, instalațiile echipamentele tehnice necesare pentru realizarea lucrărilor din contract. În propunerea tehnică este prezentată declarația privind însușirea întregii documentații din contract, precum și faptul că vor fi respectate toate prevederile caietului de sarcini, proiectului tehnic, detaliilor de execuție, corelate cu normativele tehnice în vigoare. În propunerea tehnică, prezintă extrase din registrele mijlocelelor fixe și ale obiectelor de inventar deținute, precum și ale subcontractanților declarați.

Prin cererea sa de intervenție, ... SA invocă excepția lipsei de interes a contestatoarei, având în vedere plasarea ei pe locul trei și inadmisibilitatea motivelor de contestare față de oferta de pe locul doi, interesul de a acționa subzistând doar în cazul în care contestatoarea ar putea să obțină pentru sine folosul demersului judiciar inițiat. Prioritară este analiza ofertei plasate pe locul secund, întrucât confirmarea admisibilității acesteia atrage lipsa de interes a ... SA.

Singurele critici formulate de contestatoare cu privire la oferta ... SRL -... SRL privesc exclusiv situația angajamentului terților susținători. Cât privește celelalte chestiuni clarificate de autoritate, referitoare la dovedirea deținerii forței de muncă necesare și la listele de utilaje, instalații și echipamente nu au fost contestate, motiv pentru care

oferta ... SRL - ... SRL urmează a fi apreciată ca fiind conformă sub aceste aspecte.

În ceea ce privește situația terțului susținător, intervenienta menționează că aceleași critici au fost formulate prin prima contestație, soluționată prin decizia Consiliului nr. .../ 05.10.2023. Decizia nu analizează chestiunile referitoare la terțul susținător și nu include măsurile concrete de remediere. În considerentele deciziei nu se face nicio referire la situația terțului susținător, iar măsurile dispuse nu indică niciun remediu concret în această privință, motiv pentru care autoritatea nu a solicitat clarificări ofertantului în această privință. Contestatoarea nu a solicitat completarea dispozitivului deciziei și nici nu a atacat-o sub acest aspect. În aceste condiții, intervenienta este de părere că aceste argumente nu pot fi reiterate pe calea unei noi contestații, în acest stadiu al procedurii, argumentele expuse de contestator fiind inadmisibile, cu depășirea termenului impus de art. 8 din Legea nr. 101/2016.

În subsidiar, în ipoteza în care din orice rațiuni s-ar putea aprecia că excepția inadmisibilității sub acest aspect poate fi depășită, intervenienta solicită să se constate că documentele prezentate de ofertantul de pe locul doi sunt conforme cu cerințele din documentația de atribuire, iar criticile sunt nefondate.

... SA invocă excepția inadmisibilității argumentelor privind documentul constatator negativ emis de ... SA pentru asociatul ... SRL și motivele de contestație vizând neîndeplinirea cerinței experienței similare a asocierii câștigătoare, argumente formulate peste termen. Cu prilejul contestației anterioare, prin notele scrise înaintate la dosar la 25.09.2023, ... SA a completat contestația inițială, invocând critici care vizau existența acelu... document constatator emis de ... SA. În prezenta contestație, reia aceleași argumente, încercând repunerea în termenul de contestare ca urmare a emiterii unui nou raport al procedurii. Toate chestiunile legate de existența certificatului constatator au fost cunoscute de contestator încă de la data analizării contestației anterioare.

Cu privire la experiența similară, intervenienta solicită Consiliului să constate că motivele nu pot face obiectul analizei în prezenta contestație, nefiind formulate în termenul de contestare impus de lege față de data emiterii raportul procedurii anterior, nr. 107234/24.08.2023, și față de data contestației anterioare promovate de ... SA, nr 613/04.09.2023.

Prima contestație formulată de ... SA nu a privit chestiunile referitoare la experiența similară, iar decizia Consiliului a indicat în mod expres limitele reevaluării ofertelor. Prezenta contestație nu poate privi decât chestiunile incluse de Consiliu în decizia prin care a dispus reevaluarea ofertelor.

Vizând termenul de validitate a ofertei și garanției de participare, datele indicate de contestatoare sunt eronate. Datele corecte sunt:

- prin răspunsul nr. 107061/24.08.2023, oferta și garanția de participare depuse de ... SA au fost prelungite până la 06.11.2023 (nu 04.11, cum se afirmă în contestație);

- la 07.11.2023, intervenienta a primit solicitarea nr. 141853/07.11.2023 de prelungire a ofertei și garanției de participare, solicitare ce nu cuprindea niciun termen de răspuns;

- a actualizat în aceeași zi termenul formularului de oferta, la 07.11.2023, fără nicio zi de întrerupere;

- a solicitat în aceeași zi Băncii Transilvania prelungirea garanției, aceasta fiind acordată începând cu 08.11.2023;

- a comunicat răspunsul și toate aceste documente autorității la 08.11.2023, a doua zi după primirea solicitării (prin adresa nr. 860/08.11.2023);

- raportul procedurii a fost emis la 09.11.2023, dată la care atât oferta, cât și garanția de participare erau în posesia autorității.

Argumentele teoretice de drept comun indicate de contestatoare au aplicabilitate limitată în materia achizițiilor publice, unde drepturile și obligațiile părților au reglementări specifice și derogatorii. Legislația specifică instituie în sarcina autorității contractante obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertei și/sau a garanției de participare, în cazul în care în situații excepționale impun o astfel de prelungire. Obligația aparține autorității, nu ofertantului, iar în prezența nerespectării obligației nu poate surveni o sancțiune. Mai mult, conform art. 177 alin. (3) C. proc. civ., confirmarea validității actualizării termenului este permisă în mod expres în cazul în care intervine anterior constatării eventualei nereguli: *„actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunțării asupra excepției de nulitate a dispărut cauza acesteia”*. La momentul emiterii raportului procedurii, atât obligația autorității, cât și obligația ofertantului câștigător erau îndeplinite în mod corespunzător.

Cu privire la incidența cazului de excludere prevăzut la art. 169 lit. h), față de documentul constatator negativ și a situației insolvenței asociatului ... SRL, intervenienta aduce următoarele precizări, dincolo de inadmisibilitatea criticilor.

Contestatoarea este în eroare cu privire la lipsa analizei efective a situației documentului constatator. Prin adresa nr 133645/ 20.10.2023, autoritatea i-a solicitat clarificări, iar prin adresa nr. 823/ 23.10.2023 a răspuns detaliat, indicând în esență următoarele:

- documentul nu este încărcat în SEAP de ... SA;

- documentul a fost atacat în instanță, litigiul nefiind încă soluționat definitiv;

- documentul a fost emis în mod abuziv, pentru întârzieri în execuția unor lucrări de asfaltare gropi în urma lucrărilor de intervenție la rețeaua de apă, în cursul anului 2021, întârzieri datorate exclusiv problemelor de notorietate în aprovizionarea cu bitum și asfalt pe

parcursul anului 2021, care au și generat intervenția legislativă de ajustare a prețurilor contractelor de lucrări;

- a depus raport de expertiză efectuat în litigiul prin care s-a atacat documentul, expertiză întocmită de expert ..., care a confirmat situația dificilă în piața aprovizionării cu materiale de construcții în acea perioadă;

- situația aprovizionării cu materiale de construcții s-a reglementat în prezent și nu poate impacta executarea contractului de față, care are alt obiect (construcții civile);

- mai mult, aceeași ... SA a emis ulterior un document constatatator pozitiv în favoarea ... SRL, la câteva luni după emiterea documentului negativ, confirmând astfel buna colaborare;

- în egală măsură ulterior emiterii acestui document negativ, ... SRL a adjudecat multiple lucrări de construcții, prin proceduri de achiziție unde documentul negativ nu a fost luat în considerare.

Prin urmare, din punct de vedere formal, nu se verifică niciuna dintre criticile contestatoarei referitoare la neanalizarea situației documentului constatatator, întrucât subiectul a fost lămurit, iar din punct de vedere al temeiniciei afirmațiilor, intervenienta solicită a se ține seama de art. 171 din Legea nr. 98/2016 și de art. 166 din normele metodologice ale legii. În speță, nu sunt întrunite condițiile legale pentru excludere:

- nu au existat încălcări grave sau repetate ale obligațiilor principale, din culpa operatorului, care să justifice emiterea documentului constatatator negativ, astfel cum am arătat prin răspunsul la clarificări;

- nu au existat daune-interese sau alte consecințe pentru beneficiar, iar penalitățile de întârziere facturate de achizitor au fost în sume reduse valoric și au fost achitate integral, alte sancțiuni nefiind aplicabile;

- au fost indicate dovezile de confirmare a credibilității impuse de art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la insolvența asociatului ... SRL, contrar celor afirmate de contestatoare, nici sub acest aspect contestația nu este fondată. La data depunerii DUAЕ inițial, 3 mai 2023, ... SRL nu era în insolvență. Nu există, astfel, nicio declarație nereală sub acest aspect.

La 18.10.2023, judecătorul sindic din cadrul Tribunalului ... se pronunță asupra cererii de insolvență formulată de ... SRL, care a indicat în mod expres în cerere intenția de a depune plan de reorganizare, conform art. 67 din Legea nr. 85/2014, explicând și reperele acestui plan de reorganizare. Tribunalul ... a dispus intrarea în insolvență în procedură generală, cu menținerea dreptului de administrare și cu desemnarea ca administratori judiciari a unor practicieni în insolvență care urmau să își preia mandatul după comunicarea hotărârii. Încheierea judecătorului sindic de intrare în insolvență a fost motivată și publicată în Buletinul Procedurilor de Insolvență la 08.11.2023. Oficiul Național al

Registrului Comerțului este informat despre intrarea în insolvență abia după publicare și comunicarea hotărârii, întrucât cel care are competența de a solicita efectuarea mențiunii este administratorul judiciar, care urma să se prezinte la Registrul Comerțului pentru a depune specimen de semnătură și pentru a menționa în Registru situația sa de nou reprezentant al societății, în baza hotărârii Tribunalului

... SRL a apelat la protecția insolvenței ca o soluție temporară, necesară pentru a stopa efectele blocajelor în ceea ce privește plățile datorate de către autoritățile cu care a contractat lucrări și care sunt neachitate în termenele agreate contractual.

... SRL are în acest moment creanțe de recuperat de la autorități contractante în valoare de peste 3.000.000 de euro, problemele de lichidități fiind exclusiv datorate dificultăților generate de lipsa alocațiilor bugetare către autoritățile contractante pentru care s-au efectuat lucrări, a căror realizare a presupus avansarea de fonduri proprii care au rămas neachitate.

Cererea sa de deschidere a procedurii este cât se poate de limpede în această privință, solicitarea fiind în mod expres de a se intra în procedură generală în vederea reorganizării (procedura generală implicând intrarea în perioada de observație și depunerea planului de reorganizare, spre deosebire de procedura simplificată, care ar fi însemnat intrarea în faliment și care nu ne este aplicabilă).

Solicitarea debitoarei, astfel cum a fost aprobată de judecătorul sindic, este de intrare în procedura generală cu intenția de depunere a unui plan de reorganizare.

În cadrul cererii au fost indicate expres sursele de venituri - contractele de achiziții publice care în acest moment sunt în blocaj financiar datorat absenței alocărilor bugetare, de notorietate în finalul de an 2023, dar care se vor debloca în cele de urmă și vor atrage fluxul financiar necesar redresării.

Art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 prevede expres că debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii.

Cu privire la preținsele neconformități privind recomandările nominale de la beneficiari, intervenienta precizează cu prioritate faptul că, prin decizia Consiliului nr. .../05.10.2023, s-a dispus reluarea evaluării cu analiza amănunțită a ofertelor contestate sub aspectul criticilor ridicate de contestatorul ... SA, între care și îndeplinirea de către asocierea câștigătoare a cerințelor referitoare la personalul cheie.

I s-au solicitat clarificări, prin adresa nr. 130920/17.10.2023, la care a răspuns la 19.10.2023, cu lămuriri pe larg în ceea ce privește modul de formulare a ofertei.

Nu s-a solicitat ca experiența de minimum 7 ani ca șef șantier sau superior în domeniul execuției lucrărilor să fie dovedită strict prin recomandări, întrucât formularea din caietul de sarcini este la singular

(dovedită prin recomandare sau adeverința nominală din partea beneficiarului), nu la plural („dovedită prin recomandări sau adeverințe nominale”). Or, este evident că nu se poate impune participarea expertului la un singur contract cu o durată de 7 ani. Aceeași interpretare se aplică și pentru cerințele celorlalte posturi. De altfel, art. 9 alin. (4) din Instrucțiunea nr. 1/2017 interzice expres ca autoritatea să ceară ca experiența specifică cuantificată în ani să fie realizată în raport de un singur contract/proiect.

Pentru a simplifica însumarea experienței similare a experților propuși, a atașat la răspunsul la clarificare și centralizatorul privind experiența similară a acestora.

Oferta câștigătoare a confirmat experiența similară în acord cu prevederile documentației de atribuire, cu respectarea instrucțiunilor și interpretării date de Agenția Națională pentru Achiziții Publice. A depus contractele care privesc lucrări recepționate însoțite de procesele-verbale la terminarea lucrărilor emise în termenul indicat în documentația de atribuire.

Prin notele de concluzii nr. 957/13.12.2023, înregistrate la Consiliu cu nr. 68378/14.12.2023, ... SA răspunde punctului de vedere al autorității și cererii de intervenție formulată de ... SA. Conținutul acestor note nu va fi redat aici, pentru a nu încărca excesiv și, astfel, îngreuna parcurgerea prezentei decizii, însă va fi avut în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 18.03.2023, autoritatea contractantă Municipiul ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de lucrări de consolidare, reabilitare și refuncționalizare ale corpurilor C1 - Liceu și C2 - Cantină din cadrul Colegiului Național Pedagogic „...” din ..., lucrări estimate valoric la 66.564.617,62 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 18.03.2023, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură au fost primite patru oferte, aparținând antreprenorilor ... SA, ... SA, asocierii ... SRL - ... SRL și asocierii ... SA - ... SRL, oferta acesteia din urmă fiind desemnată câștigătoare, prin raportul procedurii de atribuire nr. 107234/24.08.2023, cumulând punctajul maxim. Împotriva rezultatului, ... SA, cu oferta clasată pe locul III, a investit Consiliul cu soluționarea contestației nr. 613/ 04.09.2023, în privința căreia a fost pronunțată decizia nr. 2344/C4/ 2507/05.10.2023, cu următorul dispozitiv:

Admite în parte contestația ... SA nr. 613/04.09.2023, în contradictoriu cu Municipiul ..., și anulează procesul-verbal nr. 103449/11.08.2023, procesele-verbale subsecvente lui, raportul nr. 107234/24.08.2023 și adresele de comunicare a rezultatului procedurii nr. 107238, 107240 și 107242/24.08.2023, toate în partea care privește ofertele asocierii ... SA - ... SRL și asocierii

... SRL - ... SRL. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea temeinică a acestor oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica celor două asocieri și contestatoarei rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Respinge în rest contestația, ca nefondată.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 115/15.09.2023, depusă de ... SA, și o respinge ca nefondată, inclusiv în privința capătului de cerere de acordare a cheltuielilor „de judecată”.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

În considerentele deciziei a fost reținut, între altele:

... SA a avut acces la toate procesele-verbale ale comisiei de evaluare, context în care este nu doar nefondată, ci și neavenită critica nemotivării actului administrativ, reclamanta având cunoștință de respectivele procese-verbale pe care se bazează raportul, motivarea în detaliu a acestuia reieșind din motivarea proceselor-verbale premergătoare. Pe de altă parte, nu se poate trece cu vederea nici aspectul că nemotivarea pe care o pretinde ... SA nu i-a cauzat acesteia nicio vătămare. Reclamanta invocă diverse dispoziții legale și absența anumitor informații din raport, însă omite esențialul, dovedirea că această absență i-a produs un prejudiciu care nu poate fi înlăturat altfel decât prin refacerea raportului procedurii.

[...]

Nu se confirmă nulitatea absolută a raportului nici pentru faptul că nu ar include detalii privind calificarea ofertanților. După cum s-a arătat mai sus, este suficient din perspectiva legalității evaluării și a raportului de atribuire ca aceste detalii să fie cuprinse în procesele-verbale premergătoare. ... SA cunoaște că toți ofertanții au fost calificați, iar dacă are obiecțiuni legate de calificarea lor este în drept să le expună Consiliului, indiferent dacă raportul procedurii detaliază ori nu etapa de calificare a ofertanților. Eventuala încălcare art. 216 din Legea nr. 98/2016 la redactarea raportului procedurii nu este sancționată de niciun text legal cu nulitatea absolută a lui.

În ceea ce privește obiecțiile pe care contestatoarea le aduce revenirii comisiei evaluatorii asupra măsurii respingerii ofertelor ... SA, asocierii ... SA - ... SRL și asocierii ... SRL - ... SRL, respingere consemnată în procesele-verbale din luna iulie 2023, Consiliul observă că aceste procese-verbale au valoare de documente pregătitoare, preparatorii viitorului raport al procedurii și care nu au fost integrate în acesta, fără opozabilitate și forță juridică în fața terților, nefiind acte ale autorității contractante. Ele sunt documente de lucru ale comisiei de evaluare, interne, care nu se comunică și nici nu se semnează de către reprezentantul autorității contractante.

Procese-verbale care nu au fost incorporate în raportul procedurii asumat de reprezentantul autorității achizitoare nu constituie acte administrative și nu reflectă poziția amintitei autorități, ci doar a comisiei de evaluare, la un moment dat. Ele pot fi revocate oricând până la momentul confirmării lor prin raport.

[...]

Recapitulând, față de motivarea extrinsecă adusă de contestatoare, Consiliul nu poate constata nulitatea absolută sau dispune anularea procesului-verbal de evaluare a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc nr. 99939/03.08.2023, a procesului-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. 103449/11.08.2023, a procesului-verbal de evaluare a propunerilor financiare nr. 10400/16.08.2023 și a procesului-verbal nr. 106746/23.08.2023 de analiză a documentelor suport depuse de ofertantul declarat câștigător în procedură, acte interne (necomunicabile/necomunicate) ale comisiei de evaluare pe care aceasta era îndreptățită să le adopte, chiar dacă anterior procedase la o altă evaluare intermediară a ofertelor.

Contestatorul învederează, în privința asocierii ... SA - ... SRL, că nu a făcut dovada deținerii personalului cheie în acord cu documentația de atribuire a contractului, respectiv a managerului de proiect, a asistentului manager de proiect și a șefului de șantier, fapt constatat inițial de comisia de evaluare, dovadă stând solicitarea de clarificări adresată asocierii. Nici în urma răspunsului asocierii, aceasta nu a făcut dovada acoperirii condițiilor impuse pentru personalul cheie propus (în special a experienței similare dovedite conform caietului de sarcini)

pentru cele trei categorii de personal, aspect reținut de comisia de evaluare în procesul-verbal din luna iulie 2023. Asocierea trebuia să facă dovada nu numai a vechimii în specializarea impusă de autoritate, ci și a participării pe o poziție similară la minimum un contract de lucrări de consolidare monumente istorice/construcții civile, prin recomandare sau adeverință nominală din partea beneficiarului din care să rezulte perioada în care a participat la execuția lucrării, denumirea lucrării și prețul contractului. Or, asocierea nu a făcut dovada îndeplinirii acestor condiții de către personalul cheie propus.

Asupra acestei critici, Consiliul notează că, într-adevăr, în procesul-verbal nr. 89961/11.07.2023 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și după caz, factorii de evaluare, comisia de evaluare formată din ..., ... și ... a decis respingerea, ca neconformă și inacceptabilă, a ofertei asocierii ... SA - ... SRL, în urma analizării răspunsului de clarificare nr. 517/04.07.2023, concluzia comisiei fiind (fila 275 din volumul III de la autoritate):

- Pt ... declarat Manager proiect Ofertantul a facut referire la Recomandare Episcopia Romano-Catolica ctr 10769/2020 si Recomandare Episcopia Husilor ctr. 79/2011;

Decizia de numire Sef punct Lucru Biserica Banu si Decizia de numire Sef Punct Lucru Spital Socola

- Pt ... declarat sef santier Ofertantul prezinta/face referire la recomandare Episcopia Romano Catolica ctr 10769/2020 si Deciziile de numire Sef punct. (4 decizii)

Membrii comisiei de evaluare analizand cerintele pt - Manager de Proiect iau in considerare cele 2 Recomandari care totalizeaza 6 ani si 8 luni experienta similara. Comisia analizand cerintele pt - Asistent Manager de Proiect ia in considerare recomandarea UMF privind reabilitare ... unde a fost declarat Manager proiect durata 10 luni si Recomandare UMF pt Amenajari interioare Camin E1 durata 2 ani si 9 luni, Durata totala 3 ani si 7 luni. Decizia de numire Sef punct lucru Antibiotice nu corespunde cerintelor Autoritatii Contractante. Pt ... declarat sef santier comisia ia in considerare recomandare Episcopia Romano Catolica ctr 10769/2020 durata 3 ani si 4 luni. Deciziile nominalizate in raspunsul de clarificare de numire Sef punct nu corespund cerintelor Autoritatii Contractante.

Din aceste considerente **oferta este neconforma** conform art. 137 alin. 3 lit. a) din HG 395/2016: „În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini” **și inacceptabilă** conform art. 134 alin. 5 din HG 395/2016: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Cu totul surprinzător, fără a interveni vreo nouă clarificare din partea asocierii, comisia formată din aceleași persoane elaborează procesul-verbal nr. 103449/11.08.2023 care contrazice total concluzia de mai sus, fără nicio argumentație (fila 40 din volumul V de la autoritate):

- Pt ... declarat Manager proiect Ofertantul a facut referire la Recomandare Episcopia Romano-Catolica ctr 10769/2020 si Recomandare Episcopia Husilor ctr. 79/2011;

Decizia de numire Sef punct Lucru Biserica Banu si Decizia de numire Sef Punct Lucru Spital Socola

- Pt ... declarat sef santier Ofertantul prezinta/face referire la recomandare Episcopia Romano Catolica ctr 10769/2020 si Deciziile de numire Sef punct. (4 decizii)

Membrii comisiei de evaluare au analizat raspunsul la solicitarea de clarificari si au stabilit ca acesta este **concludent**, iar **oferta a fost declarata conforma**.

O asemenea răzgândire radicală și neargumentată (așadar arbitrară) a acelorași membri ai comisiei nu poate fi înțeleasă și nici tolerată de către forul administrativ de jurisdicție, situație care determină anularea ei și obligarea autorității contractante la reevaluarea temeinică a îndeplinirii condițiilor multiple impuse privind managerul de proiect, asistentul manager de proiect și șeful de șantier.

Nici măcar în punctul său de vedere nr. 114513/13.09.2023 asupra contestației, Municipiul ... nu produce vreo explicație plauzibilă asupra îndeplinirii condițiilor, ci doar una de ordin general, fără nicio relevanță în dezbateră cauzei:

Menționam ca toți acești ofertanți sunt societăți de construcții care au în portofoliu de activitate lucrări similare de reabilitare a unor monumente istorice având experiența în acest gen de lucrări și implicit personal calificat. Astfel: S.C. ... S.A. a finalizat Reabilitare Biblioteca Universitară "Mihai Eminescu" Iași, Consolidare Filarmonică "George Enescu" Iași; Grup Construcții Est SA a finalizat Consolidare Catedrala Romano Catolică Iași, Spitalul "Socola" Iași, Casa Calimachi Iași, Biserica Banu Iași; SC ... SA Iași are în prezent în Reabilitare Casa General Bertheleot, de asemenea a finalizat Reabilitarea Bisericii Aroneanu, comuna Aroneanu, jud. Iași, Lucrări de Consolidare, Restaurare la obiectivul Sinagoga Mare, Municipiul Iași; S.C. ... SRL a finalizat în anul 2022 Palatul Braunstein Iași, Muzeul de Istorie Naturală Iași. Deci ofertanții îndeplinesc condițiile de eligibilitate privind experiența similară, deținerea de personal calificat și autorizat, aspect demonstrat cu documente justificative din cadrul propunerilor tehnice prezentate.

[...]

Caietul de sarcini nu impunea dovezile indicate de contestatoare, care de altfel sunt indicate extrem de sumar și de general, lasând practic în mâinile CNSC obligația de a efectua o reevaluare a ofertelor, inadmisibilă din punctul nostru de vedere.

Jurisprudența Consiliului este constantă în sensul că orice decizie a autorității/entității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele, și pe probe concludente, iar nu pe elemente deduse din context de autoritate/entitate, care ar favoriza un ofertant cum este cel în discuție, căruia trebuia să i se acorde dreptul de a își demonstra cu claritate conformitatea tehnică a propunerii tehnice cu care a participat la procedură, iar analiza clarificării să nu fie una formală, doar de consemnare a răspunsului și a documentelor anexate acestuia, precum în speță. Cu alte cuvinte, în absența vreunei analize punctuale a răspunsului nr. 517/04.07.2023, cu explicații plauzibile, cele raționate de autoritate asupra conformității ofertei și concludenței răspunsului asocierii și desemnării ei câștigătoare în procesul-verbal nr. 103449/11.08.2023, în raportul nr. 107234/24.08.2023, în comunicările nr. 107238 și 107240/24.08.2023 și în punctul de vedere nr. 114513/13.09.2023 nu pot fi reținute drept temeinice de către Consiliu.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de ordin tehnic.

Separat de cele expuse, nici prin argumentarea probatorie din punctul de vedere și nici prin mijloacele de probă anexate lui, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, autoritatea achiziitoare nu reușește să probeze cu date certe că asocierea câștigătoare a propus personalul necesar (manager de proiect, asistent manager de proiect și șef de șantier) care răspunde întocmai cerințelor caietului de sarcini. În această etapă, nu se impune declararea neconformității ofertei asocierii câștigătoare, ci analizarea ei temeinică, urmând a se determina conformitatea sau neconformitatea [și] pe baza răspunsului de clarificare invocat mai sus. Inexplicabil, autoritatea susține că propriul caiet de sarcini nu impunea dovezile indicate de contestatoare, însă pag. 41 și 42 din caietul de sarcini probează contrariul, cuprinzând cerințe specifice de dovedire pentru cele trei categorii de personal.

În Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 22 iunie 1993, Comisia/Danemarca, C-243/89, EU:C:1993:257, la punctul 37, Curtea a considerat că respectarea principiului egalității de tratament în ceea ce privește ofertanții impune ca toate ofertele să fie conforme cu prevederile caietului de sarcini, pentru a asigura o comparație obiectivă între ele. Or, această cerință nu ar fi respectată în cazul în care ofertanții ar fi autorizați să formuleze rezerve în cadrul ofertelor, care le-ar permite să se îndepărteze de la prevederile caietului de sarcini. În sensul că autoritatea este obligată să respecte „cu strictețe” criteriile pe care ea însăși le-a stabilit sunt de reținut și Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, Hotărârea din 20 septembrie 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, Hotărârea din 14 decembrie 2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Hotărârea din 14 octombrie 2020, Close și Cegelec/ Parlamentul, C-447/19 P, EU:C:2020:826, Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/ 12, EU:C:2013:647, Hotărârea din 30 aprilie 2014, Euris

Consult/Parlamentul, T-637/11, EU:T:2014:237, și Hotărârea din 6 octombrie 2021, Global Translation Solutions/ Parlamentul, T-7/20, EU:T:2021:649, cu titlu exemplificativ de practică statornică. Instanța a subliniat că autoritatea contractantă trebuie să respecte *cu strictețe* regulile pe care ea însăși le-a stabilit nu numai în timpul procedurii de licitație, ci, mai general, până la sfârșitul etapei executării contractului în cauză (Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 115, Hotărârea din 20 septembrie 2011, Evropaiki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, punctul 159, și hotărârile din 31 ianuarie 2013, Spania/Comisia, T-235/11, EU:T:2013:49, punctul 52, și T-540/10, EU:T:2013:47, punctul 49).

Comisia de evaluare nu este îndrituită legal să modifice specificațiile caietului de sarcini ori să nu verifice îndeplinirea de către fiecare categorie de personal a vreunei specificații tehnice din cuprinsul acestuia. Legal, eventualele deficiențe ale caietului nu pot fi soluționate de comisie prin ignorarea lor și admiterea tuturor ofertelor. Cu toate acestea, comisia este nu doar îndrituită, ci și obligată să verifice dacă sunt aplicabile la licitație dispozițiile art. 181 din Legea nr. 98/2016 – „*Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare.*”, pe fondul art. 30 alin. (6) din normele de aplicare a legii – „*Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.*” De bună seamă, concluziile acestei verificări trebuie consemnate în procesul-verbal al ședinței comisiei.

După cum a remarcat chiar autoritatea în punctul de vedere, pag. 5, nu Consiliu are obligația de a reevalua ofertele.

[...]

Art. 131 alin. (4) din aceleași norme stabilește că fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea *elementelor concrete ale ofertelor* în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale. Așadar, în speța de față, celor trei membri ai comisiei de evaluare nominalizați în raportul procedurii le revenea obligația de a identifica și elementele tehnice *concrete* ale ofertei evocate, pe care să le raporteze la cerințele exprese ale caietului de sarcini. După cum a atenționat și Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în Decizia nr. 66 din 1 octombrie 2018, paragraful 79, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 970 din 16 noiembrie 2018, nu este permisă intrarea în ultima etapă a evaluării a unor oferte neverificate *complet* sub aspectul conformității sau acceptabilității lor, care, în consecință, prezintă riscul unei eventuale inadmisibilități.

Obligația de diligență a autorității îi impune examinarea, cu atenție și cu imparțialitate, a tuturor elementelor pertinente ale cauzei, pentru a înlătura îndoielile și pentru a clarifica situația – în acest sens, *mutatis mutandis*, este Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 28 februarie 2018, Vakakis kai Synergates/ Comisia, T-292/15, EU:T:2018:103. *Autoritatea nu poate să accepte oferta ori să semneze contractul dacă are sau ar trebui să aibă în mod rezonabil motive să considere că respectiva ofertă nu este conformă* (Hotărârea din 29 octombrie 2015, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14, EU:T:2015:820). Totodată, *autoritatea nu are posibilitatea de a negocia cu ofertanții ofertele neconforme cerințelor obligatorii*. Admiterea ofertelor neconforme spre a fi negociate ar lipsi de utilitate stabilirea cerințelor obligatorii (Hotărârea din 5 decembrie 2013, Nordecon și Ramboll Eesti, C-561/12, EU:C:2013:793). Este esențial ca autoritatea să fie în măsură să se asigure cu precizie asupra conținutului ofertei și în special cu privire la conformitatea acesteia cu documentația de atribuire (Hotărârea din 13 septembrie 2011, Dredging International și Ondernemingen Jan de Nul/EMSA, T-8/09, EU:T:2011:461, și Hotărârea din 10 decembrie 2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisia, T-195/08, EU:T:2009:491). Criteriul privind conformitatea ofertei este absolut. *Dacă oferta nu respectă documentația de atribuire, ea trebuie respinsă* (Hotărârea din 25 februarie 2003, Renco/Consiliul, T-4/01, EU:T:2003:37, Hotărârea din 25 februarie 2003, Strabag Benelux/Consiliul, T-183/00, EU:T:2003:36, Hotărârea din 25 februarie 2003, Renco/Consiliul, T-4/01, EU:T:2003:37, și, în special, Hotărârea din 28 februarie 2018, MA.T.I. SUD și Duemme SGR, C-523/16 și C-536/16, EU:C:2018:122).

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod superficial și discreționar autoritatea a admis oferta asocierii ... SA - ... SRL, obiecțiile contestatoarei privind nelegalitatea admiterii acesteia prin prisma îndeplinirii cerințelor aferente managerului de

proiect, asistentului manager de proiect și șefului de șantier vădindu-se a fi fondate, în absența verificărilor temeinice necesare și motivate în scris de comisia responsabilă. În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația ... SA nr. 613/04.09.2023, în contradictoriu cu Municipiul ..., va anula procesul-verbal nr. 103449/11.08.2023, procesele-verbale subsecvente lui (dependente de el), raportul nr. 107234/24.08.2023 și adresele de comunicare a rezultatului procedurii nr. 107238 și 107240/24.08.2023, toate în partea care privește oferta asocierii ... SA - ... SRL. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea temeinică a amintitei oferte, prin prisma cerințelor de mai sus legate de personal, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a ei, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza acelu... temei legal, va obliga autoritatea să comunice celor doi ofertanți rezultatul reevaluării ofertei, cu respectarea legislației aplicabile.

[...]

Legat de notele de concluzii nr. 670/25.09.2023, orice critici și capete de cerere noi cuprinse în acestea sau în alte documente ulterioare termenului de contestare înregistrate de ... SA la Consiliu sunt supuse inadmisibilității, prin prisma art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care dispune *expres* că este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia. În Decizia sa nr. 190 din 18 martie 2021, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 754 din 3 august 2021, Curtea Constituțională a evidențiat că „*nu se poate reține că legiuitorul a afectat dreptul de acces liber la justiție prin faptul că a instituit interdicția formulării unor noi motive de contestare și/sau a formulării unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia, precum și a altor motive în plângerea formulată împotriva actelor autorității contractante în afară de cele cuprinse în contestația adresată Consiliului [...]. Cerința respectării unor termene pentru invocarea motivelor de contestație este una firească, ea asigurând celeritatea procedurii specifice în materia achizițiilor publice. [...]* Toate aceste aspecte concură la realizarea cu transparență a procedurilor, desfășurarea cu celeritate a proceselor în materia achizițiilor publice, atât în scopul evitării tergiversării, cât și pentru realizarea obiectivului pentru care a fost adoptat cadrul legislativ respectiv, totodată avându-se în vedere antrenarea și responsabilizarea tuturor celor care au un interes în finalitatea procedurilor de achiziție publică, cu precădere a participanților la procedură – autoritatea contractantă, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire.”

[...]

... SA se plânge și de reevaluarea în luna august a ofertei asocierii ... SRL - ... SRL, situația fiind similară reevaluării intempestive a ofertei celeilalte asocieri. Și acesteia i-au fost solicitate clarificări, la care a răspuns cu adresa nr. 1183/04.07.2023 (nr. 85194/04.07.2023 la Municipiul ...), iar comisia a consemnat în același proces-verbal nr. 89961/11.07.2023 (fila 276 din volumul III de la autoritate), în urma analizării răspunsului:

- *Ofertantul sustine ca bunurile ce fac obiectul Actului Adicional nr. 001/01.02.2022 incheiat cu SC Peri Romania SRL pt inchiriere de cofraje si accesorii pt elementele de cofraj si popi pentru cofraj inclusiv acesoriile pt elementele de sustinere sunt aprovizionate in baza Negresti si apoi transportate la punctele de lucru.*

- *Prin AA nr 25/01.02.2023 se prelungeste valabilitatea ctr mentionat pana la 01.02.2024.*

- *Prin clarificarile prezentate de ofertant privind contractul de inchiriere utilaje nr. 846 din 28.09.2020 nu se raspunde la intrebarea legata de durata contractului si valabilitate si nu se face dovada ca utilajele care sunt puse la dispozitie de SC Elit Construct SRL se regasesc in proiectul de divizare iar conform raspunsului la intrebarea nr 7 acestea ar trebui sa fie parte a patrimoniului ofertantului asa cum a fost prezentat in raspunsul nr. 7.*

- *Ofertantul raspunde ca la pag 1447 nu este un extras din Revisal si nici nu apartine vreunui operator economic al grupului de operatori economici ai asocierii sau a subcontractantilor ci este o lista cu forta de munca ce va fi alocata pentru executia lucrarilor din cadrul contractului (406 personal de executie) ce va fi alocata pt executia lucrarilor contractului, o balanta cu resursele umane ce vor fi utilizate in executie pe categorii de specialitati.*

- La pag 1451 ofertantul ... prezinta extrasul din Revisal din care reiese ca are angajati 27 persoane de executie (dulgheri, necalificati, electricieni, masinisti)
- A facut trimitere la Registrul RTE de pe site ISC si prezinta documentele edificatoare (Legitimatie ISC in valabilitate si Autorizatia ISC)
- A precizat ca FT 20 A Corp C2 Cantina (montcharge) se regaseste la pag 1745 din vol PT 4

- A precizat ca Declaratia privind termenul de garantie acordat lucrarilor executate se regaseste la pag 1885 din vol PT 4

Membrii comisiei de evaluare au analizat documentele prezentate din care reiese ca ofertantul nu face dovada detinerii utilajelor prezentate in documentele atasate propunerii tehnice. Comisia in urma analizarii documentelor justificative pentru detinerea fortei de munca necesara pentru executia lucrarilor constata ca nu este indeplinita conditia detinerii fortei de munca calificata ca numar de lucratori si specialitate pentru executia lucrarilor solicitate prin documentele de executie. Ofertantul nu a prezentat balanta cu resursele umane utilizate in executie pe categorii de specialitati necesare executiei lucrarilor.

Din aceste considerente **oferta este neconforma** conform art. 137 alin. 3 lit. a) din HG 395/2016: „În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini” **și inacceptabilă** conform art. 134 alin. 5 din HG 395/2016: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Similar reevaluării asocierii ... SA - ... SRL, cum s-a reținut mai sus, fără a interveni vreo nouă clarificare din partea asocierii ... SRL - ... SRL, comisia formată din aceleași persoane elaborează procesul-verbal nr. 103449/11.08.2023 care contrazice total concluzia de mai sus, fără nicio argumentație (fila 41 din volumul V de la autoritate): „Membrii comisiei de evaluare au analizat raspunsul la solicitarea de clarificari si au stabilit ca acesta este **concludent**, iar **oferta a fost declarata conforma**.”

Văzând că situația se repetă, considerentele expuse de Consiliu în cazul asocierii ... SA - ... SRL sunt valabile, *mutatis mutandis*, și reevaluării ofertei asocierii ... SRL - ... SRL, însemnând că autoritatea în mod neargumentat/discreționar și nelegal a admis și clasat pe locul secund oferta acesteia, obiecțiile contestatoarei de la pag. 16-18 vădindu-se a fi fondate, în absența verificărilor temeinice necesare din partea comisiei evaluatorii. În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația ... SA, va anula procesul-verbal nr. 103449/ 11.08.2023, procesele-verbale subsecvente lui (dependente de el), raportul nr. 107234/ 24.08.2023 și adresele de comunicare a rezultatului procedurii nr. 107238 și 107242/ 24.08.2023, toate în partea care privește oferta asocierii ... SRL - ... SRL. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea temeinică a amintitei oferte, prin prisma criticilor sesizate la pag. 16-18 din contestație, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a ei, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza acelu... temei legal, va obliga autoritatea să comunice celor doi ofertanți rezultatul reevaluării ofertei, cu respectarea legislației aplicabile.

Conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei, deci și pentru Municipiul ..., care a avut calitatea de autoritate contractantă în cauza soluționată prin respectiva decizie. Municipiul achizitor era ținut de obligația punerii în executare a deciziei, inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care ea le cuprinde, potrivit art. 430 alin. (2) C. proc. civ.

Practica judiciară este statornică în sensul că autoritățile/ entitățile contractante au obligația de a respecta și considerentele deciziei Consiliului, nu numai dispozitivul. Relevantă este și poziția Curții de Justiție a Uniunii Europene, reluată în Hotărârea din 19 aprilie 2012,

Artegodan/Comisia, C-221/10 P, EU:C:2012:216, punctul 87: autoritatea

de lucru judecat nu se referă doar la dispozitivul hotărârii, ci se extinde și la motivele acesteia, care constituie suportul necesar pentru dispozitiv și, din această cauză, nu pot fi disociate [Hotărârea din 14 septembrie 1999, Comisia/ AssiDomän Kraft Products și alții, C-310/97 P, EU:C:1999:407, punctul 54, precum și Hotărârea din 1 iunie 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) și Diputación Foral de Vizcaya/Comisia, C-442/03 P și C-471/03 P, EU:C:2006:356, punctul 44].

Din consultarea portalului instanțelor naționale de judecată (<http://portal.just.ro>), reiese că nu a fost înregistrată nicio plângere depusă împotriva deciziei Consiliului, la Curtea de Apel ..., singura competentă să o soluționeze. Nici părțile nu invocă că s-ar fi depus vreo plângere. Așadar, nu au atacat decizia nr. .../ 05.10.2023, situație în care ea a dobândit autoritate de lucru judecat absolută (a se vedea în acest

sens Hotărârea din 29 aprilie 2004, Italia/Comisia, C-372/97,

EU:C:2004:234, punctul 36 și jurisprudența acolo citată), inclusiv din perspectiva considerentelor, cunoscute ... SA, ... SA și Municipiului ..., căroră – fiind părți și în litigiul anterior – le-a fost comunicată decizia de către Consiliu. În temeiul art. 431 alin. (2) C. proc. civ.: „*Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.*”, iar organizatoarea și ... SA au opus, în prezenta cauză, efectele lucrului judecat provenind din precedenta decizie.

Conform art. 435 C. proc. civ., aplicabil în completarea Legii nr. 101/2016:

(1) Hotărârea judecătorească este obligatorie și produce efecte numai între părți și succesorii acestora.

(2) Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.

Totodată:

Art. 430 - Autoritatea de lucru judecat

(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau **statuează asupra unei excepții procesuale** ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.

(2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, **precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă.**

(3) Hotărârea judecătorească prin care se ia o măsură provizorie nu are autoritate de lucru judecat asupra fondului.

(4) Când hotărârea este supusă apelului sau recursului, autoritatea de lucru judecat este provizorie.

(5) Hotărârea atacată cu contestația în anulare sau revizuire își păstrează autoritatea de lucru judecat până ce va fi înlocuită cu o altă hotărâre.

Art. 431 - Efectele lucrului judecat

(1) Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul acele... cauze și pentru același obiect.

(2) Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.

Deși nu operează excepția autorității de lucru judecat a dispozitivului în prezenta cauză, întrucât nu sunt îndeplinite toate condițiile art. 431 alin. (1) precitat, actul vătămător atacat fiind diferit față de acela din litigiul anterior, Consiliul nu poate infirma cele deja stabilite prin considerente, singura având competență în acest sens fiind curtea de apel în a cărei rază se află sediul achizitoarei. După cum s-a punctat mai sus, nu a fost înregistrată nicio plângere depusă împotriva deciziei precedente a Consiliului la Curtea de Apel ..., singura competență să o soluționeze.

Fiind ținut de obligația punerii în executare a deciziei, în concordanță cu cele statuate de Consiliu, municipiul, prin comisia evaluatorie responsabilă, trebuia să procedeze la reevaluarea atentă a ofertelor asocierii ... SA - ... SRL și asocierii ... SRL - ... SRL, exclusiv sub aspectele dezlegate prin intermediul deciziei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor reținute și dispuse de Consiliu. Cu toate că dispozitivul deciziei acestuia nu precizează etapa și limitele reevaluării, prin trimiterea la considerente se respectă art. 26 alin. (10¹) din Legea nr. 101/2016:

În situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării.

În reevaluare, municipiul organizator a solicitat clarificări celor două asocieri, la 17 și 20.10.2023, și a întocmit procesul-verbal nr. 135148/25.10.2023, în care a consemnat rezultatul evaluării tehnice, declarând admise ofertele asocierilor în referință.

Au fost elaborate și, între altele, procesul-verbal de evaluare financiară nr. 135808/26.10.2023, procesul-verbal de solicitare documente suport DUA nr. 138011/30.10.2023 pentru asocierea ... SA - ... SRL, solicitare documente suport DUA nr. 143604/09.11.2023, precum și comunicările privind rezultatul procedurii (similar primei evaluări). Nemulțumită fiind de acest rezultat, ... SA a reacționat prin formularea la Consiliu a contestației nr. 897/20.11.2023, aflată în prezent pe rol, premisă a controlului administrativ-jurisdicțional. Cauțiunea aferentă, în valoare de ... lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de CEC Bank SA, Sucursala ..., la data de 23.11.2023.

Se constată și primirea cererii de intervenție voluntară nr. 123/29.11.2023, aparținând ... SA, la analiza condițiilor de formulare a

căreia, în raport cu prevederile în vigoare ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, se observă admisibilitatea ei în principiu:

(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.

(4) Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/testestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia.

... SA are calitatea de ofertantă lider al asocierii câștigătoare la procedura de atribuire, are calitate și capacitate procesuale și a dovedit un interes legitim propriu în pricină, prin promovarea cererii, constând în menținerea poziției de câștigătoare, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție, formulată în interiorul termenului de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației (22.11.2023), calculat conform art. 5 din Legea nr. 101/2016:

Art. 5. - (1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, **termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.**

Interesul intervenientei de a își păstra poziția și de a semna contractul care i-a fost atribuit este unul legitim, născut, personal și actual (condiții enumerate la art. 33 C. proc. civ.). Din parcurgerea cuprinsului cererii intervenientei, se vedește că este în sensul sprijinirii poziției autorității contractante, fără nicio pretenție diferită de a acesteia (respingerea contestației), cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională, situație în care Consiliul stabilește că cererea este intervenție voluntară accesorie în favoarea autorității contractante.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către intervenientă a excepției lipsei de interes și a inadmisibilității unora dintre motivele de contestare, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepțiile, dat fiind că validitatea contestației depinde de soluționarea lor. Din parcurgerea acestora se observă că ele nu pot fi soluționate decât împreună cu fondul cauzei, situație în care se face aplicarea art. 248 alin. (4) C. proc. civ.:

(4) Excepțiile vor putea fi unite cu administrarea probelor, respectiv cu fondul cauzei numai dacă pentru judecarea lor este necesar să se administreze aceleași dovezi ca și pentru finalizarea etapei cercetării procesului sau, după caz, pentru soluționarea fondului.

Intrând în cercetarea fondului, în primul rând, forul administrativ de jurisdicție reamintește că nici considerentele și nici dispozitivul deciziei sale nr. .../05.10.2023 nu au impus autorității respingerea vreunei

oferte, ci doar reanalizarea anumitor aspecte ale evaluării ofertelor celor două asocieri (nu să revină la etape anterioare ori să reevalueze integral ofertele).

Data fiind ridicarea excepției lipsei de interes, se cuvine a fi cercetată cu precădere situația evaluării ofertei clasate pe locul secund, aparținând asocierii ... SRL - ... SRL. ... SA se plânge de faptul că autoritatea achizitoare a admis această ofertă, în privința căreia susține incidența cazului de excludere de la art. „169” alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 – nedeclararea existenței documentului constatare negativ intermediar nr. 54124/29.09.2022, emis de ... SA, despre care autoritatea fusese înștiințată.

Organul jurisdicțional reține că societatea ... SA a depus anterior contestație la Consiliu (nr. 613/04.09.2023), în cuprinsul căreia nu a pretins reevaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... SRL pentru nedeclararea existenței documentului constatare negativ intermediar nr. 54124/29.09.2022, întocmit de ... SA, după cum rezultă și din parcurgerea motivării precedentei decizii a Consiliului. Nu a existat dispută asupra admisibilității ofertei asocierii din cauza documentului constatare datat cu un an înainte.

A veni acum și a spune că, în realitate, oferta asocierii este inadmisibilă reprezintă un abuz procesual din partea contestatoarei, care putea și trebuia să releve existența documentului constatare negativ intermediar nr. 54124/29.09.2022 încă din primul litigiu pe care l-a declanșat în urmă cu trei luni, mai ales că există înregistrat la Tribunalul București dosarul nr. 2018/89/2022 (de anul trecut), iar portalul just.ro este public. Ca anexa nr. 11 la contestație, ... SA a depus extras de pe portal al cauzei, identificată cu obiectul: *„litigiu privind achizițiile publice anulare Document constatare intermediar nr. 54124/29.09.2022 + suspendare act administrativ (email)”*. Potrivit art. 24 C. civ.: *„Orice persoană, chiar fără a justifica un interes, poate, în condițiile legii, să consulte registrele publice privitoare la un drept, act, fapt sau o anumită situație juridică și să obțină extrase sau copii certificate de pe acestea.”*, deci inclusiv ... SA. Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu argumente și mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, ... SA nici măcar nu depune o copie a documentului constatare și, cu atât mai puțin, nu explică de ce respectivul document trebuia să conducă la excluderea din competiție a asocierii și existența lui trebuia indicată în DUAE. Era în sarcina ... SA să dovedească faptul că antreprenorul ... SRL *„și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”*, dovadă pe care contestatoarea nu a produs-o și în absența căreia nu se poate reține nici aplicabilitatea art. 167 alin.

(1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 („operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”). Nu a indicat la ce contract se referă documentului constatator nr. 54124/29.09.2022, ce obligații nu au fost îndeplinite de către ... SRL, amploarea/ gravitatea acestora, dacă a fost sau nu reziliat contractul, dacă au fost sau nu cauzate prejudicii Companiei Naționale de Investiții SA, precum și informații minimale care să contureze o eventuală culpă a contractantului.

Separat de aceste carențe ale contestației, extrem de important este paragraful 76 din Decizia nr. 66 din 1 octombrie 2018, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 970 din 16 noiembrie 2018, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept:

76. Infirmarea deciziei de inadmisibilitate a ofertei, ca urmare a controlului de legalitate exercitat de C.N.S.C. sau de instanța de contencios administrativ, obligă comisia de evaluare din cadrul autorității contractante de a proceda la reevaluarea ofertei, prin verificarea celorlalte aspecte care caracterizează admisibilitatea acesteia și **care nu au fost cercetate la prima evaluare, fără a avea posibilitatea extinderii acestui proces de verificare cu privire la cele** pe care le-a verificat în etapa de evaluare, conform art. 65 alin. (2) și art. 133 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și **care nu au făcut obiectul vreunei solicitări de remediere sau contestări, raportul de evaluare în măsura în care le confirmă, privit ca act administrativ, fiind definitiv și executoriu sub acest aspect**. Cu atât mai mult, în situația dată, nu se poate extinde procesul de reevaluare asupra celorlalte oferte declarate ca admisibile sau inadmisibile și în privința cărora raportul de evaluare nu a fost contestat, **fiind contrar principiului securității juridice declararea ca neconformă sau inacceptabilă a unei oferte declarate anterior admisibilă sau invers, conduită care echivalează cu o revocare a unui act administrativ care a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice**.

Aplicând raționamentul evocat al Înaltei Curți de Casație și Justiție în etapa de reevaluare la care a fost obligat Municipiul ..., nu își găsește locul și este nelegală reevaluarea ofertei asocierii în discuție sub aspectul existenței vreunui document constatator, întrucât **nu se poate extinde procesul de reevaluare asupra celorlalte aspecte în privința cărora primul raport de evaluare nu a fost contestat de nimeni**, fiind contrar principiului securității juridice declararea neconformă/inacceptabilă a unei oferte declarate anterior conformă/acceptabilă, conduită care echivalează cu o revocare a unui act administrativ care a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice.

Recapitulând, în condițiile în care prin prima contestație a ... SA nu s-a disputat rezultatul neexcluderii ofertei din cauza documentului constatator indicat, măsurile de reevaluare la care era îndrituită autoritatea contractantă (care a verificat anterior admisibilitatea ofertelor) nu puteau viza amintita neexcludere. Altminteri, se desprinde concluzia illogică și inechitabilă că nici nu contează ce anume se contestă, autoritatea putând adopta, la discreție, orice măsură de remediere

dorește, inclusiv una care, prin finalitatea ei, ar ajunge să îl vatăme chiar pe contestatorul diligent.

Față de asocierea ... SRL - ... SRL, caracterul admisibil al ofertei chiar dacă exista documentul emis în urmă cu peste un an înainte de către ... SA s-a definitivat odată cu expirarea termenului legal de contestare a primului raport al procedurii (nr. 107234/24.08.2023), pe fondul în care niciuna dintre societățile ofertante nu a formulat contestație la Consiliu sau la instanța de judecată asupra respectivului caracter.

Argumentul privind eventuala restabilire a legalității actelor emise în cadrul procedurilor de atribuire intră în vădit conflict cu amintita poziție a Înaltei Curți de Casație și Justiție:

Infirmarea deciziei de inadmisibilitate a ofertei, ca urmare a controlului de legalitate exercitat de C.N.S.C. sau de instanța de contencios administrativ, obligă comisia de evaluare din cadrul autorității contractante de a proceda la reevaluarea ofertei, prin verificarea celorlalte aspecte care caracterizează admisibilitatea acesteia și care nu au fost cercetate la prima evaluare, **fără a avea posibilitatea extinderii acestui proces de verificare cu privire la cele pe care le-a verificat în etapa de evaluare**, conform art. 65 alin. (2) și art. 133 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și **care nu au făcut obiectul vreunei solicitări de remediere sau contestări, raportul de evaluare în măsura în care le confirmă, privit ca act administrativ, fiind definitiv și executoriu sub acest aspect.**

Dacă reclamanta ... SA avea ceva de obiectat în privința concluziei Consiliului că se impune reevaluare **doar în privința criticilor de la pag. 16-18 din contestația anterioară**, nimic nu o oprea să atace la instanța de control judecătoresc considerentele deciziei nr. .../05.10.2023, ceea ce nu s-a întâmplat. Art. 461 alin. (2) C. proc. civ. permite expres atacarea inclusiv a considerentelor care o pot vătăma pe contestatoare, inclusiv când dispozitivul i-ar fi favorabil:

(2) Cu toate acestea, în cazul în care calea de atac vizează numai **considerentele** hotărârii prin care s-au dat dezlegări unor probleme de drept ce nu au legătură cu judecata acelui proces sau care **sunt greșite ori cuprind constatări de fapt ce prejudiciază partea**, instanța, admitând calea de atac, va înlătura acele considerente și le va înlocui cu propriile considerente, menținând soluția cuprinsă în dispozitivul hotărârii atacate.

Orice alegații pe marginea incidenței art. „169” alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 față de oferta asocierii de pe locul II sunt tardive la acest moment și nu pot face acum obiectul analizei pe fond din partea Consiliului. ... SA trebuia să se prevaleze de documentul constatat negativ nr. 54124/29.09.2022 cu prilejul primei contestații, nu acum. Prin decizia precedentă a Consiliului nu s-au impus autorității verificări legate de documentul constatat și nici reevaluarea admisibilității ofertei asocierii sub acest aspect. Dimpotrivă, a obligat textual autoritatea contractantă *„la reevaluarea temeinică a amintitei oferte, prin prisma criticilor sesizate la pag. 16-18 din contestație”*, deci nu a altor critici, iar **singurele** critici de la pag. 16-18 din contestație au fost (în redactarea contestataorei):

B. În privința ofertei Asocierii SC ... SRL - SC ... SRL oferta NU a făcut dovada deținerii personalului cheie în acord cu Documentația de atribuire a Contractului.

a) oferta depusă este inacceptabilă, motivat de faptul că acesta NU a făcut dovada "resursele" deținute de terții susținători, respectiv a "modului efectiv prin care tertul/terții sustinator/sustinatori va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui ca anexe la respectivul angajament."

Vă rugăm să constatați că ofertantul a apelat la susținerea tehnică și profesională a SC ... SRKL și SC ... SA, terți susținători în privința cărora a fost depus "angajamentul de susținere" fără însă ca, în acord cu prevederile legale și cele impuse prin documentația de atribuire, modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, respectiv fără a fi respectată obligația de a prezenta concret care sunt resursele/ utilajele/ personalul, după caz, pe care le va putea mobiliza terțul susținător.

Lipsa prezentării modalității concrete și a resurselor pe care terțul susținător le poate pune la dispoziție în vederea executării contractului, atunci și dacă va fi necesar - raportat la răspunderea solidară a acestuia față de autoritatea contractantă) - constituie motiv de respingere a ofertei astfel depuse, așa cum de altfel a statuat, inclusiv CNSC prin deciziile pronunțate.

[...]

b) De asemenea, prin oferta depusă, ofertantul contestat NU a respectat cerințele Caietului de sarcini în privința dovedirii deținerii utilajelor prezentate în documentație și în privința dovedirii deținerii de personal suficient în vederea executării lucrărilor.

Facem precizarea că la solicitarea de clarificări a autorității contractante referitoare la contractul dintre ... si Elit Construct -contract nr 846/2020 - valabil 36 luni (referit de ofertant în dovedirea deținerii utilajelor necesare executării contractului) si dovada faptului ca Elit Construct este inca în activitate, **ofertantul NU dă un răspuns cu referire la aspectele punctuale invocate de autoritatea contractantă si nu face dovada ca utilajele se regăsesc în procesul de divizare invocat.**

În privința Balanței cu resursele umane, regăsită în propunerea tehnică la pag. 1450.1-1450.5; pag 1447- conform calificărilor solicitate de autoritatea contractantă - nu se specifica cărei firmă aparține.

În răspunsul la solicitarea de clarificări, ofertantul răspunde ca actul referit de Comisei nu este extras REVISAL si nici nu aparține vreunui operator economic al grupului, ci este lista cu forța de munca ce va fi alocată pentru execuția lucrărilor din cadrul contractului.

Conform Procesului -verbal de evaluare din luna iulie 2023, ofertantul prezintă extras REVISAL din care rezultă deținerea unui număr de 27 salariați - **motiv pentru care autoritatea contractanta concluzionează ca nu este îndeplinită condiția deținerii forței de munca calificata ca număr si personal de specialitate, dispunând respingerea, ca neconformă a ofertei analizate.**

c) oferta depusă NU conține Planul de management al calității propus de ofertant (conform Caietului de sarcini) - aspect constatat de Comisia de evaluare cu ocazia analizării ofertelor în luna iulie 2023 si care a făcut obiectul solicitării de clarificări adresate ofertantului.

În răspuns la această solicitare ofertantul a depus certificarea ISO 9001 pentru fiecare membru al Asocierii, nefăcând așadar dovada respectării cerințelor Caietului de sarcini.

În aceeași decizie, Consiliul a adăugat:

Legat de notele de concluzii nr. 670/25.09.2023, **orice critici** și capete de cerere **noi** cuprinse în acestea sau în alte documente ulterioare termenului de contestare înregistrate de ... SA la Consiliu **sunt supuse inadmisibilității, prin prisma art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016**, care dispune *expres* că **este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare** și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia. În Decizia sa nr. 190 din 18 martie 2021, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 754 din 3 august 2021, Curtea Constituțională a evidențiat că „*nu se poate reține că legiuitorul a afectat dreptul de acces liber la justiție prin faptul că a instituit interdicția formulării unor noi motive de contestare și/sau a formulării unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia, precum și a altor motive în plângerea formulată împotriva actelor autorității contractante în afară de*

cele cuprinse în contestația adresată Consiliului [...]. Cerința respectării unor termene pentru invocarea motivelor de contestație este una firească, ea asigurând celeritatea procedurii specifice în materia achizițiilor publice. [...] Toate aceste aspecte concură la realizarea cu transparență a procedurilor, desfășurarea cu celeritate a proceselor în materia achizițiilor publice, atât în scopul evitării tergiversării, cât și pentru realizarea obiectivului pentru care a fost adoptat cadrul legislativ respectiv, totodată avându-se în vedere antrenarea și responsabilizarea tuturor celor care au un interes în finalitatea procedurilor de achiziție publică, cu precădere a participanților la procedură – autoritatea contractantă, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire.”

Fiind inadmisibile criticile noi din notele de concluzii nr. 670/**25.09.2023**, a fortiori sunt atât inadmisibile, cât și tardive criticile noi cuprinse în contestația nr. 897/**20.11.2023**, cum este și critica admiterii ofertei asocierii în condițiile presupusei incidențe a art. „169” alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 din cauza documentului constatat negativ nr. 54124/**29.09.2022**.

Drept urmare, în mod legal a procedat autoritatea achizitoare, prin comisia evaluatorie desemnată, limitându-se la reevaluarea ofertei asocierii doar sub aspectele sesizate la pag. 16-18 din prima contestație, singurele în divergență în litigiul anterior și asupra căruia s-a pronunțat organul administrativ-jurisdicțional.

... SA susține, în contestația aflată pe rol (pag. 15), că oferta asocierii ... SRL - ... SRL este inacceptabilă, întrucât nu a făcut dovada resurselor deținute de terții susținători, respectiv a „*modului efectiv prin care terțul/terții susținător/ susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui ca anexe la respectivul angajament*”. Această critică figurează și în contestația sa anterioară, fiind găsită întemeiată de către organul jurisdicțional, care a statuat textual în prima decizie a sa:

Văzând că situația se repetă, considerentele expuse de Consiliu în cazul asocierii ... SA - ... SRL sunt valabile, *mutatis mutandis*, și reevaluării ofertei asocierii ... SRL - ... SRL, însemnând că autoritatea în mod neargumentat/discreționar și nelegal a admis și clasat pe locul secund oferta acesteia, **obiecțiile contestatoarei de la pag. 16-18 vădindu-se a fi fondate**, în absența verificărilor temeinice necesare din partea comisiei evaluatorii. În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația ... SA, va anula procesul-verbal nr. 103449/11.08.2023, procesele-verbale subsecvente lui (dependente de el), raportul nr. 107234/24.08.2023 și adresele de comunicare a rezultatului procedurii nr. 107238 și 107242/24.08.2023, toate în partea care privește oferta asocierii ... SRL - ... SRL. Totodată, **va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea temeinică a amintitei oferte, prin prisma criticilor sesizate la pag. 16-18 din contestație**, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a ei, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza acelu... temei legal, va obliga autoritatea să comunice celor doi ofertanți rezultatul reevaluării ofertei, cu respectarea legislației aplicabile.

După cum s-a consemnat la pag. 19 de mai sus, conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei, inclusiv pentru Municipiul ..., care a avut calitatea de autoritate contractantă în cauza soluționată prin precedenta decizie. Unitatea achizitoare era ținută de obligația punerii în executare a deciziei inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care ea le cuprinde, potrivit art. 430 alin. (2) C. proc. civ., mai cu seamă că respectarea

deciziei este sub sancțiunea amenzii contravenționale între 5.000 și 30.000 de lei, sub imperiul art. 224 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Din motive necunoscute și în pofida obligativității deciziei, Municipiul ... a ales să ignore cu desăvârșire problematica dovedirii accesului la resursele deținute de terții susținători și a „*modului efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui ca anexe la respectivul angajament*”, critici sesizate expres de ... SA la pag. 16 din prima contestație.

Fiind ținută de obligația punerii în executare a deciziei, în concordanță cu cele statuate de forul jurisdicțional, Municipiul ..., prin comisia evaluatorie responsabilă, trebuia să procedeze la reevaluarea atentă a ofertei în discuție, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor reținute și dispuse de Consiliu. Documentele ulterioare deciziei întocmite și transmise de autoritate Consiliului nu includ nicio solicitare de clarificare către asocieria ... SRL - ... SRL vizavi de cele dispuse mai sus. Nu există informații pe acest subiect nici în procesul-verbal nr. 135148/25.10.2023 (evaluare tehnică), procesul-verbal nr. 135808/26.10.2023 (evaluare financiară), procesul-verbal nr. 138011/30.10.2023 (evaluare documente suport DUAЕ pentru asocieria ... SA - ... SRL) și nici în raportul procedurii nr. 143604/09.11.2023.

În condițiile expuse, în care autoritatea nu și-a îndeplinit obligațiile trasate de Consiliu, acesta va admite critica privind dovada resurselor deținute de terții susținători ... SRL și ... SA, respectiv a „*modului efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui ca anexe la respectivul angajament*”, urmând a obliga municipiul organizator să se conformeze celor dispuse prin decizia nr. .../05.10.2023 în privința expusă.

Pe cale de consecință, fiind anulată ca nelegală și netemeinică evaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... SRL, Consiliul respinge excepția lipsei de interes a contestatoarei invocată de intervenientă, întrucât există posibilitatea ca respectiva ofertă să fie eliminată din competiție, iar contestatoarea să avanseze pe locul secund, cu șanse de a trece pe primul loc, în funcție de analiza criticilor din contestație relative la oferta câștigătoare.

La pct. I.1 din contestație, ... SA se plânge de faptul că autoritatea achizitoare a solicitat și acceptat prelungirea ofertei și a garanției de participare ale asocierii ... SA - ... SRL, cu toate că ele expiraseră la 07.11.2023, care coincide cu ziua solicitării de prelungire prin adresa autorității nr. 141853/ 07.11.2023. Ca efect al solicitării, oferta asocierii a fost prelungită la 07.11.2023, chiar în ziua primirii solicitării, iar garanția de participare în ziua următoare, la 08.11.2023, când a fost emisă scrisoarea de garanție de către Banca Transilvania SA. Argumentul

caducității ofertei și cel al inadmisibilității prezentării unei noi scrisori de garanție de participare sunt găsite de Consiliu a fi vădit nefondate, câtă vreme legislația pe linie de achiziții publice nu sancționează cu respingerea ofertei expirarea valabilității ofertei dublată de prelungirea ei chiar în aceeași zi sau a garanției dublată de prelungirea ei în ziua următoare.

O eventuală invocare ulterioară a faptului că oferta și garanția nu ar fi fost prelungite încă din 06.11.2023 ar fi însemnat că municipiul își invocă propria culpă, deoarece lui îi revenea obligația de a cere participanților să își prelungească valabilitatea documentelor, în baza art. 124 alin. (3) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, pe care îl citează și intervenienta:

(3) Atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații. **Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor**, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire. În cazul în care un operator economic nu se conformează acestei solicitări, oferta sa va fi respinsă ca fiind inacceptabilă.

Întârzierea demersurilor la care autoritatea contractantă era obligată de dispozițiile aplicabile în materia achizițiilor publice a condus la situația din prezenta cauză, fapt ce *nu îi poate fi imputat asocierii ofertante*, care și-a dovedit buna-credință atunci când a dat curs solicitării primite la 07.11.2023, de prelungire a valabilității.

Pe de altă parte, în condițiile în care valabilitatea ofertei și a garanției de participare ale câștigătoarei fusese prelungită, iar la momentul elaborării raportului final al procedurii nu mai exista niciun impediment în atribuirea contractului, oferta nu putea fi respinsă din cauza amintită. De caducitate se poate prevala doar ofertantul (cel împotriva căruia curge termenul), însă asocierea din speță își asumă valabilitatea ofertei, deci confirmă că aceasta din urmă nu este caducă, ci se menține angajantă și la acest moment.

Neacoperirea unei perioade din istorie (de doar o singură zi – 07.11.2023, cum invocă reclamanta) constituie un fapt consumat, o abatere nereclamată de nimeni și față de care nu era necesară adoptarea de măsuri corective de către organizatoare. Odată prelungită valabilitatea, intervalul temporal amintit a devenit lipsit de relevanță la momentul elaborării raportului procedurii.

Invocăm decizia civilă nr. 5858 din 8 decembrie 2016 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal: *„Autoritatea contractantă are, potrivit legii, obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare, situația în speță putând fi calificată drept una de excepție, având în vedere că se anulase un rezultat al procedurii, iar expirarea garanției se produsese tocmai în perioada de soluționare a contestației. Dintr-o altă perspectivă,*

din niciun act al procedurii nu rezultă că ofertantul ar fi avut intenția să nu își prelungească oferta și să nu mai participe la procedura de achiziție, astfel că măsura respingerii ofertei pe acest considerent este disproporționată.”

În decizia civilă nr. 1560 din 5 octombrie 2016, Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a de contencios administrativ și fiscal, a consemnat că susținerea autorității conform căreia obligația prelungirii ofertelor revenea operatorilor ofertanți nu poate fi primită. Niciun text nu instituie obligația operatorilor de a prelungi din oficiu valabilitatea ofertelor. Norma enunțată instituie în sarcina autorității obligația de a stabili durata de valabilitate a ofertei, astfel încât să acopere întreaga perioadă până la momentul încheierii contractului și obligația corelativă a operatorului de a se conforma cerinței stabilite prin anunț/documentație. A stabili perioada ofertantul, fără indicații clar expuse, ar însemna ca fiecare să stabilească o perioadă diferită, fapt ce ar conduce la arbitrar și la un tratament inegal, ceea ce nu este admisibil. Nefiind stabilită perioada de valabilitate și nefiind solicitată prelungirea, nu se poate considera o expirare a valabilității și, respectiv, o pierdere a calității de participant în procedură.

Omisiunea autorității de a cere la timp prelungirea valabilității, omisiune care a cauzat o „fereastră” în durata de valabilitate a ofertelor/garanțiilor, nu este sancționată de niciun text normativ nici cu anularea întregii procedurii de atribuire. În decizia civilă nr. 4686 din 17 iunie 2015, Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, a consemnat că, pentru încălcarea obligației de la art. 6 alin. (2) din fosta Hotărâre a Guvernului nr. 925/ 2006, acest act normativ nu prevede nicio sancțiune. Elocventă este și decizia civilă nr. 3877 din 11 august 2015 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

O neregularitate procedurală, în măsura în care nu s-a cauzat părții o vătămare, nu determină anularea în tot sau în parte a procedurii și nici nu împiedică autoritatea contractantă să continue procedura și să atribue contractul ofertantului clasat pe primul loc, în urma aplicării criteriului de atribuire – decizia nr. 2239 din 13 mai 2013 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal. Aceeași instanță, în decizia nr. 190 din 13 februarie 2017, a statornicit că obligația de prelungire a valabilității revine ofertanților numai după primirea adresei prin care autoritatea contractantă solicită acest lucru.

În speța pendinte, perioada „neacoperită” și-a încetat efectele și nu produce nicio vătămare, nici municipiului și, cu atât mai puțin, asocierii ofertante, interesată ca procedura să fie continuată, respectiv să i se atribue contractul, iar nu să fie anulată. Pe de altă parte, ofertanta nu a fost avantajată cu nimic în raport cu reclamanta ... SA, întrucât culpa întârzierii este imputabilă în exclusivitate municipiului, care i-ar fi

solicitat aceeași prelungire și companiei ... SA, dacă aceasta din urmă nu și-ar fi prelungit oferta din oficiu, fără a aștepta să i se ceară.

Regula *nemo auditur propria turpitudine allegans* sancționează persoana care a contribuit la neregularitatea unui act juridic, astfel încât nu mai poate invoca sancțiunea anulării actului, tocmai datorită faptului că neregularitatea a fost creată prin propria acțiune/inacțiune a autorității, nu a ofertantului. Cauza de față relevă că organizatoarea procedurii este aceea care a stat în pasivitate, deși nimic nu a oprit-o să își îndeplinească în timp util obligația de a cere extinderea valabilității ofertelor și a garanțiilor. Responsabilitatea solicitării prelungirii aparține în întregime autorității, care, după cum s-a reținut, nu își poate invoca propria culpă pentru a exclude din procedură un anumit ofertant. Lipsa de diligență a autorității contractante nu poate fi utilizată pentru a se crea un avantaj unuia sau un dezavantaj altuia dintre ofertanți. Nu i se poate imputa asocierii neprelungirea valabilității anterior zilei de 07.11.2023 în condițiile în care autoritatea nu i-a solicitat-o. De altminteri, ofertanta nici măcar nu ar fi știut cu ce perioadă să își prelungească valabilitatea, dacă proceda astfel din oficiu.

Încercând o paralelă, elocventă pare a fi și Decizia nr. 24 din 6 noiembrie 2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul competent să judece recursul în interesul legii:

48. În raporturile cu terții, societatea este angajată prin actele organelor sale, chiar dacă ele depășesc limitele puterilor prevăzute de lege. În condițiile lipsei unui mandat ori atunci când limitele acestuia sunt depășite, terții de bună-credință sunt ocrotiți, devenind aplicabilă teoria mandatului aparent, astfel că, **deși mandatul a încetat (prin expirarea termenului), lipsa publicității poate avea ca efect neluarea în seamă a încetării sale de către terți**, împrejurare de natură a face ca toate actele încheiate de administrator **să fie considerate valabile** din punct de vedere juridic și să angajeze societatea.

49. În sensul acele... concluzii vin și dispozițiile art. 1.309 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, care, ca regulă, prevăd că între reprezentat și terț nu produce efecte contractul încheiat de persoana care acționează în calitate de reprezentant, însă fără a avea înputernicire sau cu depășirea puterilor conferite.

50. Cu toate acestea, potrivit alin. (2) al acelu... articol, „dacă, însă, prin comportamentul său, reprezentatul l-a determinat pe terțul contractant să creadă în mod rezonabil că reprezentantul are puterea de a-l reprezenta și că acționează în limita puterilor conferite, reprezentatul nu se poate prevala față de terțul contractant de lipsa puterii de a reprezenta”.

51. Aplicate situațiilor relevate de hotărârile judecătorești anexate memoriilor de recurs în interesul legii, dispozițiile citate anterior sunt pe deplin incidente, căci mandatul (societatea), prin comportamentul său - constând în omisiunea, ulterior încetării mandatului, de a numi un nou administrator sau de a reînvesti în funcție pe cel anterior, în condițiile de validitate cerute de lege și de publicitate, necesare pentru a fi opuse terților - îl determină pe terț să creadă în mod rezonabil - în lipsa publicării încetării funcției de administrare, în condițiile art. 54 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 - că mandatarul (administratorul) are puterea de a-l reprezenta.

În plus, văzând și principiul proporționalității, care impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate

nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curtii din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, EU:C:1998:191, punctul 60), Consiliul apreciază că obiecțiile contestatoarei privind nelegalitatea menținerii în procedură a ofertei asocierii ... SA - ... SRL se vădesc a fi nefondate.

Vizavi de incidența în cazul ofertei asocierii a art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 („operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”), întrucât asocierea nu a relevat intrarea în insolvență a asociatului ... SRL, Consiliul este de părere că sunt necesare investigații din partea autorității. Este cert că, la momentul redactării DUAЕ (26.04.2023), ... SRL nu se găsea în stare de insolvență, completând în mod corect rubrica „Insolvență” cu răspunsul „NU”. Starea de insolvență a fost deschisă de Tribunalul ..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, prin încheierea de ședință nr. 121 din 18 octombrie 2023, dosar nr. Prin adresa nr. 135810/26.10.2023, comisia de evaluare desemnată de Municipiul ... i-a solicitat asocierii „documente justificative valabile la data prezentării care dovedesc îndeplinirea celor declarate în DUAЕ”, cu termen de transmitere 02.11.2023. Prin răspunsul înregistrat la autoritate cu nr. „135810”/ 27.10.2023, asocierea a transmis documentele justificative cerute. Este adevărat că prin încheierea de ședință nr. 121 din 18 octombrie 2023, dosar nr. ..., Tribunalul ... a pronunțat deschiderea procedurii generale de insolvență împotriva debitoarei ... SRL, însă nu mai puțin adevărat este că ... SA nu a dovedit că față de ... SRL era opozabilă soluția din respectiva încheiere la data transmiterii documentelor justificative pretinse de autoritate (27.10.2023). Dacă, la momentul transmiterii documentelor justificative (27.10.2023), operatorul debitor avea cunoștință – pe orice cale, inclusiv înștiințări de la administratorii judiciari sau buletinul procedurilor de insolvență – despre soluția instanței, chiar și în absența redactării și comunicării încheierii către acesta, soluție executorie de la momentul pronunțării, el ar putea fi cu temei învinuit că a dat Municipiului ... „declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate” sau, în subsidiar, că „a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție

publică/acordului-cadru către respectivul operator economic”, ascunzându-i în mod nesincer și nelegal apariția stării de insolvență decisă de justiție anterior transmiterii documentelor justificative (27.10.2023).

Art. 8 alin. (3) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență dispune că hotărârile pronunțate de judecătorul-sindic sunt executorii. Totodată, prevede că data deschiderii procedurii reprezintă, în cazul cererii debitorului de deschidere a procedurii, este data pronunțării încheierii judecătorului-sindic (în speță, 18 octombrie 2023). Revine Municipiului ... să cerceteze și să stabilească, inclusiv prin interpelări adresate administratorilor judiciari provizorii ... SPRL și ... SPRL, când anume a luat cunoștință debitoarea ... SRL despre deschiderea procedurii propriiei insolvențe. Dacă momentul luării cunoștință este anterior momentului transmiterii documentelor justificative (27.10.2023), Municipiul ... are obligația de a recurge la dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) sau i) din Legea nr. 98/2016, pe fondul în care a solicitat asocierii *„documente justificative valabile la data prezentării care dovedesc îndeplinirea celor declarate în DUAE”*, iar unul dintre punctele din DUAE ce trebuia dovedit era cel de la rubrica *„Insolvență”*, unde răspunsul nu mai era negativ, ci pozitiv (începând cu data încheierii de ședință nr. 121 din 18 octombrie 2023).

Totodată, se prezumă absolut că asociatul ... SRL cunoaște prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, conform cărora îi revenea obligația de a transmite autorității documente actualizate, inclusiv în ceea ce privește insolvența sa:

(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, [...] autoritatea contractantă, în termen de o zi lucrătoare de la momentul stabilirii ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, [...] solicită acestuia să prezinte documente justificative **actualizate** prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, [...] acordând ofertantului/candidatului un termen de până la 7 zile lucrătoare pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă. Acest termen poate fi prelungit la solicitarea justificată a ofertantului/candidatului, cu cel mult 3 zile lucrătoare.

Admiterea și declararea câștigătoare a ofertei asocierii ... SA - ... SRL este nelegală și din cauză că Municipiul ... nu a întreprins nicio verificare vizavi de incidența art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 (*„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: [...] b) se află în procedura insolvenței [...]”*). Consiliul observă că, prin adresa nr. 2001/19.10.2023, înregistrată la autoritate cu nr. 130925/19.10.2023, ... SRL a informat expres că ... SRL a inițiat două proceduri de insolvență, înregistrate cu nr. 3266/105/2023 din 13.09.2023 și nr. 5595/99/ 2023 din 12.09.2023, anexând extrase.

Regula este că ofertantul aflat în procedura insolvenței trebuie exclus de la licitație, iar menținerea lui în competiție reprezintă excepția, condiționată de respectarea art. 167 alin. (2):

(2) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță.

Cu alte cuvinte, Municipiul ... nu putea trece cu vederea peste informarea primită de la ... SRL și să accepte oferta asocierii ... SA - ... SRL fără a realiza cercetările minimale impuse de art. 167 alin. (2) și trage concluziile corespunzătoare.

Din consultarea procesului-verbal nr. 138011/30.10.2023 (evaluare documente suport DUAE pentru asocierea ... SA - ... SRL), întocmit de comisia de evaluare, reiese că aceasta a admis oferta asocierii pe baza unor informații nereale și fără a recurge la solicitarea de clarificări din partea ofertantului asupra motivului de excludere dat de starea de insolvență, respectiv fără a îi acorda posibilitatea de a furniza argumente și probe pentru combaterea lui, posibilitate acordată art. 168 și 171 din lege:

Art. 168. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul **nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167**, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă.

(2) În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența unei situații de excludere, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la alin. (1).

(3) În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul/candidatul nu se emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1) sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă are obligația de a accepta o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens.

Art. 171. - (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire **poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea** prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă

faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Municipiul ..., prin comisia evaluatorie responsabilă, a manifestat o atitudine vădit părtinitoare față de asociere, consemnând la pag. 5 a procesului-verbal nr. 138011/30.10.2023, de evaluare a documentelor suport DUAЕ, la rubrica „3. *Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență* [...]”, că cerința este îndeplinită de ... SRL, cu toate că autoritatea avea cunoștință despre deschiderea procedurii de insolvență ca urmare a informării nr. 2001/19.10.2023, înregistrată la autoritate cu nr. 130925/ 19.10.2023, primite din partea ... SRL.

După cum s-a relevat și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, ofertantul nu poate fi exclus din procedura de atribuire dacă reușește să dovedească, într-un mod satisfăcător pentru autoritatea contractantă, că măsurile corective adoptate îi restabilesc fiabilitatea. Statele membre sunt obligate să se conformeze principiului respectării dreptului la apărare, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă *dreptul de a fi ascultat în orice procedură*, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, *precum o decizie de excludere dintr-o procedură de atribuire* (Hotărârea din 14 ianuarie 2021, RTS infra și Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, C-387/19, EU:C:2021:13). În sensul că statele membre ale Uniunii și, în special, autoritățile contractante trebuie să respecte nu numai principiile aplicabile achizițiilor enunțate la articolul 18 din Directiva 2014/24, printre care figurează în special principiile egalității de

tratament, transparenței și proporționalității, ci și *principiul respectării dreptului la apărare*, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă *dreptul de a fi ascultat în orice procedură*, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, *precum o decizie de excludere adoptată în cadrul unei proceduri de achiziție*, sunt și Hotărârea din 20 decembrie 2017, Prequ' Italia, C-276/16, EU:C:2017:1010, punctele 45 și 46, și Hotărârea din 3 iulie 2014, Kamino International Logistics și Datema Hellmann Worldwide

Logistics, C-129/13 și C-130/13, EU:C:2014:2041, punctul 28, precum și

jurisprudența acolo citată, concluzii incidente și în speța de față.

Așadar, în temeiul dreptului la apărare, care își găsește aplicarea atunci când administrația își propune să adopte față de o persoană un act care îi cauzează un prejudiciu, destinatarilor deciziilor care le afectează în mod sensibil interesele *trebuie să li se dea posibilitatea de*

a- și face cunoscut în mod util punctul de vedere cu privire la elementele

pe care administrația intenționează să își întemeieze decizia (a se vedea în acest sens, de exemplu, Hotărârea din 22 septembrie 2022, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság și alții, C-159/21, EU:C.2022:708, punctul 45, Hotărârea din 16 octombrie 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, punctul 39, și Hotărârea din 3 iunie 2021, Jumbocarry Trading, C-39/20, EU:C:2021:435, punctul 31).

Din parcurgerea conținutului dosarului achiziției publice primit de la autoritate reiese că aceasta nu a acordat ofertantelor asociate o asemenea posibilitate, iar admiterea ofertei a fost decisă fără a se ține seama de motivul de excludere și fără aplicarea dispozițiilor legale precitate, care presupuneau un minim rol activ din partea comisiei în lămurirea stării de insolvență, despre care avea cunoștință (cum recunoaște și în punctul de vedere la contestație). În absența respectării de către autoritate a dispozițiilor legale și a dreptului fundamental la apărare al asocierii, forul administrativ de jurisdicție nu poate valida ca fiind temeinică și legală admiterea ofertei.

Anunțul de participare nr. .../18.03.2023 și fișa de date prescriu că:

III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Ofertanții, asociații acestora, terți sustinatori și/sau subcontractanții **nu** trebuie să se regasească în situațiile prevăzute la art. 59, 60, 164, 165, **167** din Legea nr. 98/2016.

deci nici asociatul ... SRL nu trebuie să se afle în stare de insolvență, condiționalitate care trebuia verificată și de care depinde admiterea ofertei asocierii.

Nu pot fi primite apărările autorității expuse în punctul de vedere, mai cu seamă că nu sunt însușite în niciunul dintre documentele comisiei de evaluare:

2. Autoritatea a fost instiintata de starea de insolventa a ... de către un alt ofertant la licitatie in cauza. Avand in vedere notorietatea ofertantului, am observat articole pe aceasta tema inclusiv in presa locala. Starea de insolventa nu presupune eliminarea ofertanților din licitatie.

Autoritatea contractanta a luat la cunoștința starea de insolventa, aparuta pe parcursul procedurii, a ofertantului ..., insa in urma consultării BPI am constat ca societatea ..., are intentia de reorganizare. Astfel, conform legii, un ofertant nu poate fi eliminat dintr-o procedura doar pentru ca este in stare de insolventa, ci in cazul in care autoritatea considera acceptabila intentia de reorganizare, oferta poate fi considerata admisibila.

Este de neînțeles indolența autorității, care nu s-a preocupat să cerceteze situația ... SRL și să respecte dispozițiile legale redade mai sus, mai cu seamă că prima evaluare a ofertelor a fost infirmată de către Consiliu tocmai din cauza multiplelor neglijențe în evaluarea ofertelor.

În lumina considerentelor expuse, se reține că și reevaluarea ofertei asocierii câștigătoare s-a realizat în același mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, în privința clarificării și verificării atente de către entitatea achizitoare a incidenței tuturor cerințelor legale ale motivelor de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. b) și h) sau i) din Legea nr. 98/2016, discutate mai sus. În lumina celor reținute, admiterea ofertei asocierii nu poate fi validată de Consiliu, iar obiecțiile contestatoarei privind nelegalitatea admitterii se vădesc a fi fondate.

... SA invocă motivele de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din aceeași lege și din cauză că asocierea câștigătoare a omis să declare în DUAЕ aparținând ... SRL documentul constatator negativ nr. 64353/01.11.2021 emis de ... SA, care confirmă neîndeplinirea la termen a obligațiilor și încetarea anticipată a contractului. Criticile legate de acest document constatator sunt inadmisibile, întrucât ar fi trebuit invocate cu prilejul primei contestații (nr. 613/04.09.2023), împotriva primului raport al procedurii (nr. 107234/24.08.2023). De altminteri, ... a formulat aceste critici abia prin notele de concluzii nr. 670/25.09.2023:

În situația în care veți dispune, urmare a admitterii contestației, obligarea autorității contractante la o re-evaluare a ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, vă rugăm ca, în aplicarea prevederilor **art. 26 alin. 4 din Legea 101/2016 să puneți în vedere autorității contractante să analizeze și incidența motivului de excludere al Ofertei Asocierii ... SA - SC ... SRL prevăzut de 167 alin.1 lit. h) și eventual cel prevăzut de litera g) din Legea 98/2016 - raportat la situația sesizată de ofertantul ... SRL privitor la faptul că asociatul ... SRL nu a declarat faptul că ... SA a încetat anticipat un anumit contract de achiziție publică, a solicitat daune ca urmare a acelei încetări anticipate, fapte reliefate și de existența unui Document constatator negativ emis de ... SA.**

Din informațiile din actul depus de Asocierea ... SRL- ... SRL rezultă că ... SRL, în perioada de 3 ani anterioară depunerii ofertei din prezenta procedură de atribuire.se află în

situația existenței unui Contract reziliat anticipat de autoritatea contractantă ... SA, această informație trebuia declarată în DUAЕ de membrul asocierii declarate câștigătoare.

În acest context trebuie avut în vedere faptul că, în conformitate cu prevederile art.1552 Cod Civil, declarația de reziliere unilaterală a unui Contract este IREVOCABILĂ, astfel încât în absența unei hotărâri judecătorești de anulare a actului de reziliere unilaterală a contractului emis de ... SA - acea notificare de încetare anticipată emisă de ... SA a contractului SUBZISTĂ și PRODUCE EFECTE.

Cercetând portalul instanțelor de judecată am observat că ... SRL are calitatea de reclamant în dosarul 1200/99/2022, dar în care pârât este ... SA, acțiunea având ca obiect „anulare act administrativ” fiind respinsă la data de 29.07.2022 și existând un recurs formulat la data de 17.08.2023 de către reclamantă împotriva soluției de fond.

Cum nu am găsit vreo cauză în care vreo acțiune formulată de ... SRL în contradictoriu cu ... SA să fi fost admisă, concluzia este că încetarea anticipată a contractului emisă de ... SA este în vigoare, este irevocabilă conform art. 1552 Cod Civil și drept urmare trebuia să fie declarată în DUAЕ.

În plus, tot pe rolul instanțelor de judecată am identificat dosarul ... în care Judecătoria Iasi a dispus obligarea ... la plata de daune : „Admite cererea de chemare în judecată formulată de reclamanta ... SA, în contradictoriu cu pârâta ... SRL. Obligă pe pârâtă să îi plătească reclamantei suma de 48.397,44 lei, reprezentând despăgubiri, din care suma de 45.897,44 lei, reprezentând contravaloarea cheltuielilor suplimentare pentru executarea a 19 lucrări de refacere amplasament și 2500 lei reprezentând contravaloarea sancțiunii contravenționale aplicate prin PV 010181/ 28.10.2021. Obligă pe pârâtă să îi plătească reclamantei suma de 2162 lei, cu titlu de cheltuieli de judecată, reprezentând taxa judiciară de timbru achitată în cauză” (cauza se află în apel la Tribunalul Iasi, apelul fiind suspendat până la soluționarea definitivă a cauzei 1200/99/2022).

Prin urmare, ofertantul avea obligația de a indica existența unui act de încetare anticipată a Contractului anterior încheiat cu ... SA și a daunelor solicitate de autoritatea contractantă - prin completarea corespunzătoare a informațiilor din Secțiunea C a DUAЕ - neprezentarea acestor informații încadrându-se în fapta reglementată de art.167 alin.1 lit.h din Legea 98/2016.

În condițiile în care același document constatator a generat excluderea dintr-o procedura de atribuire a unui contract de către ... SA - excluderea vizând Asocieria ... SRL - ... SRL - ofertant în acea procedură - pentru abateri grave în îndeplinirea unui contract anterior și cauzarea de prejudicii de către ... SRL - îndeplinirea de către ofertantul câștigător a condițiilor de participare în prezent.

Asupra acestor critici, Consiliul s-a pronunțat prin decizia nr. .../05.10.2023, rămasă definitivă și cu autoritate de lucru judecat, inclusiv în chestiunea excepției inadmisibilității criticilor, după cum s-a arătat mai sus, în citarea art. 430 alin. (1) și (2) C. proc. civ:

Art. 430 - (1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau **statuează asupra unei excepții procesuale** ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.

(2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, **precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă.**

În decizia nr. .../05.10.2023, Consiliu a statuat expres față de criticile noi ale contestatoarei cu privire la documentul constatator regăsite în notele de concluzii:

Legat de notele de concluzii nr. 670/25.09.2023, **orice critici și capete de cerere noi cuprinse în acestea sau în alte documente ulterioare termenului de contestare înregistrate de ... SA la Consiliu sunt supuse inadmisibilității**, prin prisma art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care dispune *expres* că este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia. În Decizia sa nr. 190 din 18 martie 2021, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 754 din 3 august 2021, Curtea Constituțională a evidențiat că „*nu se poate reține că legiuitorul a afectat dreptul de acces liber la justiție prin faptul că a instituit interdicția formulării unor noi*

motive de contestare și/sau a formulării unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia, precum și a altor motive în plângerea formulată împotriva actelor autorității contractante în afară de cele cuprinse în contestația adresată Consiliului [...]. Cerința respectării unor termene pentru invocarea motivelor de contestație este una firească, ea asigurând celeritatea procedurii specifice în materia achizițiilor publice. [...] Toate aceste aspecte concură la realizarea cu transparență a procedurilor, desfășurarea cu celeritate a proceselor în materia achizițiilor publice, atât în scopul evitării tergiversării, cât și pentru realizarea obiectivului pentru care a fost adoptat cadrul legislativ respectiv, totodată avându-se în vedere antrenarea și responsabilizarea tuturor celor care au un interes în finalitatea procedurilor de achiziție publică, cu precădere a participanților la procedură – autoritatea contractantă, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire.”

Fiind inadmisibile în contestația anterioară, pentru același raționament este evident că ele sunt „cu atât mai inadmisibile” în contestația prezentă. Consiliul nu a dispus Municipiului ... reevaluarea ofertei asocierii ... SA - ... SRL din perspectiva documentului constatator emis de ... SA, iar Municipiul ... nu era îndrituit să efectueze o asemenea reevaluare, etapa calificării asocierii fiind consumată și Consiliul nu a dispus autorității revenirea la respectiva etapă.

După cum a sesizat și intervenienta, inadmisibile sunt și criticile contestatoarei de la pct. I.5, în sensul că asocierea nu ar deține experiența în lucrări similare din punct de vedere al complexității cu cele care fac obiectul achiziției în valoare de minimum 50.000.000 lei, fără TVA, la nivelul a maximum 5 contracte de lucrări similare, în cel mult 5 ani anteriori datei-limită de depunere a ofertelor, critici pe care, de asemenea, ... SA trebuia să le invoce în prima contestație, nu acum. Din cauză că nu au fost invocate în prima contestație, Consiliul nu i-a dispus autorității, prin decizia nr. 2344/ C4/2507/05.10.2023, să efectueze vreo verificare legată de experiența similară a asocierii.

Astfel cum a fost punctat în decizia antereferită:

... SA a avut acces la toate procesele-verbale ale comisiei de evaluare [...]

... SA cunoaște că toți ofertanții au fost calificați, iar dacă are obiecțiuni legate de calificarea lor este în drept să le expună Consiliului, indiferent dacă raportul procedurii detaliază ori nu etapa de calificare a ofertanților.

Vizavi de critica precum că asocierea câștigătoare nu a făcut dovada deținerii personalului cheie în acord cu documentația de atribuire a contractului, ea constituie o reiterare a criticii din contestația primă, asupra căreia Consiliul a reținut:

Contestatorul învederează, în privința asocierii ... SA - ... SRL, că nu a făcut dovada deținerii personalului cheie în acord cu documentația de atribuire a contractului, respectiv a managerului de proiect, a asistentului manager de proiect și a șefului de șantier, fapt constatat inițial de comisia de evaluare, dovadă stând solicitarea de clarificări adresată asocierii. Nici în urma răspunsului asocierii, aceasta nu a făcut dovada acoperirii condițiilor impuse pentru personalul cheie propus (în special a experienței similare dovedite conform caietului de sarcini) pentru cele trei categorii de personal, aspect reținut de comisia de evaluare în procesul-verbal din luna iulie 2023. Asocierea trebuia să facă dovada nu numai a vechimii în specializarea impusă de autoritate, ci și a participării pe o poziție similară la minimum un contract de lucrări de consolidare monumente istorice/construcții civile, prin recomandare sau adeverință nominală din partea beneficiarului din care să rezulte perioada în care a participat la execuția lucrării, denumirea lucrării și prețul contractului. Or, asocierea nu a făcut dovada îndeplinirii acestor condiții de către personalul cheie propus.

Asupra acestei critici, Consiliul notează că, într-adevăr, în procesul-verbal nr. 89961/11.07.2023 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și după caz, factorii de evaluare, **comisia de evaluare** formată din ..., ... și ... **a decis respingerea, ca neconformă și inacceptabilă, a ofertei asocierii ... SA - ... SRL**, în urma analizării răspunsului de clarificare nr. 517/04.07.2023, concluzia comisiei fiind (fila 275 din volumul III de la autoritate): [...]

Cu totul surprinzător, fără a interveni vreo nouă clarificare din partea asocierii, comisia formată din aceleași persoane elaborează procesul-verbal nr. 103449/11.08.2023 care contrazice total concluzia de mai sus, fără nicio argumentație (fila 40 din volumul V de la autoritate): [...] *Membrii comisiei de evaluare au analizat raspunsul la solicitarea de clarificari si au stabilit ca acesta este **concludent**, iar oferta a fost declarata conforma.*

O asemenea răzgândire radicală și neargumentată (așadar arbitrară) a acelorași membri ai comisiei nu poate fi înțeleasă și nici tolerată de către forul administrativ de jurisdicție, situație care determină anularea ei și obligarea autorității contractante la reevaluarea temeinică a îndeplinirii condițiilor multiple impuse privind managerul de proiect, asistentul manager de proiect și șeful de șantier.

[...] autoritatea achizitoare nu reușește să probeze cu date certe că asocierea câștigătoare a propus personalul necesar (manager de proiect, asistent manager de proiect și șef de șantier) care răspunde întocmai cerințelor caietului de sarcini. În această etapă, nu se impune declararea neconformității ofertei asocierii câștigătoare, ci analizarea ei temeinică, urmând a se determina conformitatea sau neconformitatea [și] pe baza răspunsului de clarificare invocat mai sus. Inexplicabil, autoritatea susține că propriul caiet de sarcini nu impunea dovezile indicate de contestatoare, însă pag. 41 și 42 din caietul de sarcini probează contrariul, cuprinzând cerințe specifice de dovedire pentru cele trei categorii de personal.

[...] Consiliul determină că în mod superficial și discreționar autoritatea a admis oferta asocierii ... SA - ... SRL, obiecțiile contestatoarei privind nelegalitatea admiterii acesteia prin prisma îndeplinirii cerințelor aferente managerului de proiect, asistentului manager de proiect și șefului de șantier vădindu-se a fi fondate, în absența verificărilor temeinice necesare și motivate în scris de comisia responsabilă.

Nici de această dată, autoritatea nu a procedat la evaluarea corectă a ofertei asocierii în referință din perspectiva îndeplinirii cerințelor aferente managerului de proiect, asistentului manager de proiect și șefului de șantier, raportat la cerințele caietului de sarcini, astfel cum a fost clarificat pe parcurs:

Dovada deținerii personalului cheie, ofertantul va pune la dispoziție cel puțin următorul personal cheie astfel:

- **Manager de proiect** cu experiența de minim 7 ani ca șef șantier sau superior în domeniul execuției lucrărilor de consolidare monumente istorice, clădiri de patrimoniu și dovada participării pe o poziție similară la minim 1 contract de lucrări de consolidare monumente istorice, dovedită prin recomandare sau adeverința nominală **din partea beneficiarului** din care **să rezulte** perioada în care a participat la execuția lucrării, denumirea lucrării și prețul contractului;

- **Asistent manager proiect** cu experiența de minim 5 ani ca șef șantier sau superior în domeniul execuției lucrărilor de geniu civil și dovada participării pe o poziție similară la minim 1 contract de lucrări de construcții civile dovedită prin recomandare sau adeverința nominală **din partea beneficiarului** din care **să rezulte** perioada în care a participat la execuția lucrării, denumirea lucrării și prețul contractului;

- **1 șef șantier** specializarea inginerie civilă - cu experiența de minim 5 ani ca șef șantier sau superior în domeniul execuției lucrărilor de geniu civil și dovada participării pe o poziție similară la minim 1 contract de lucrări de consolidare monumente istorice, clădiri de patrimoniu, dovedită prin recomandare sau adeverința nominală **din partea beneficiarului** din care **să rezulte** perioada în care a participat la execuția lucrării, denumirea lucrării și prețul contractului;

Se vor depune și: CV, declarație de disponibilitate pentru realizarea prezentului contract, alte documente edificatoare.

In cazul in care ofertantul nu prezinta/nu face dovada personalului autorizat (aşa cum se solicita în prezentul caiet de sarcini), oferta va fi considerată neconformă.

La licitație, pe subiectul *personal cheie*, comisia de evaluare și-a exercitat dreptul de a cere clarificări asocierii ... SA - ... SRL prin adresa nr. 85197/30.06.2023:

- va rugam sa specificati cum ati indeplinit cerinta Manager de proiect cu experienta de minim 7 ani ca sef santier sau superior in domeniul executiei lucrarilor de consolidare monumente istorice, cladiri de patrimoniu si dovada participarii pe o pozitie similara la minim 1 contract de lucrari de consolidare monumente istorice, dovedita prin recomandare sau adeverinta nominala din partea beneficiarului din care să rezulte perioada in care a participat la executia lucrarii, denumirea lucrarii si pretul contractului;

- va rugam sa specificati cum ati indeplinit cerinta Asistent manager proiect cu experienta de minim 5 ani ca sef santier sau superior in domeniul executiei lucrarilor civile si dovada participarii pe o pozitie similara la minim 1 contract de lucrari de constructii civile dovedita prin recomandare sau adeverinta nominala din partea beneficiarului din care să rezulte perioada in care a participat la executia lucrarii, denumirea lucrarii si pretul contractului;

- va rugam sa specificati cum ati indeplinit cerinta șef șantier specializarea inginerie civila - cu experienta de minim 5 ani ca sef santier sau superior in domeniul executiei lucrarilor de consolidare monumente istorice/cladiri de patrimoniu si dovada Participarii pe o pozitie similara la minim 1 contract de lucrari de consolidare monumente istorice/ cladiri de patrimoniu, dovedita prin recomandare sau adeverinta nominala din partea beneficiarului din care să rezulte perioada in care a participat la executia lucrarii, denumirea lucrarii si pretul contractului.

Evaluarea autorității trebuia să se raporteze strict la răspunsul nr. 517/04.07.2023 primit din partea asocierii la această solicitare, ținând seama că cerințele exprese au fost ca ofertanții să prezinte recomandare/adeverință nominală din partea beneficiarului (deci **nu din partea altcuiva**) din care **să rezulte** perioada în care a participat la execuția lucrării, denumirea lucrării și prețul contractului, cu atenționarea că:

In cazul in care ofertantul nu prezinta/nu face dovada personalului autorizat (aşa cum se solicita în prezentul caiet de sarcini), oferta va fi considerată neconformă.

Consiliul a statuat în decizia primă că, „în absența vreunei analize punctuale

a

ră

s

p

unsulu

nr.

517/04.07.2023, cu explicații plauzibile, cele raționate de autoritate asupra conformității ofertei și concludenței răspunsului asocierii și desemnării ei câștigătoare în procesul-verbal nr. 103449/11.08.2023, în raportul nr. 107234/ 24.08.2023, în comunicările nr. 107238 și 107240/24.08.2023 și în punctul de vedere nr. 114513/13.09.2023 nu pot fi reținute drept temeinice de către Consiliu." „În această etapă, nu se impune declararea neconformității ofertei asocierii câștigătoare, ci analizarea ei temeinică, urmând a se determina conformitatea sau

neconformitatea [și] p
sus."

Niciunde, organul jurisdicțional nu a dispus Municipiului ... să adreseze o nouă solicitare de clarificări pe tema îndeplinirii cerințelor privind personalul cheie, cum eronat a procedat autoritatea în urma deciziei. Concret, contrar celor dispuse de Consiliu, contrar ipotezei de la art. 134 alin. (4) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/ completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”*, precum și contrar atenționării din caietul de sarcini, autoritatea a înaintat asocierii o nouă solicitare de clarificări privind personalul, cu nr. 130920/17.10.2023, la care a primit răspunsul nr. 819/19.10.2023 (filele 49-79 din biblioraftul transmis de autoritate).

Demersul de a cere aceeași clarificare și de a lua în considerare răspunsul primit excedează deciziei Consiliului, legislației și caietului de sarcini, împrejurare ce face ca evaluarea realizată de comisie să fie nelegală și sancționată cu anularea, urmând ca Municipiul ... să se conformeze celor dispuse prin decizia nr. .../ 05.10.2023 și să verifice îndeplinirea cerințelor aferente managerului de proiect, asistentului manager de proiect și șefului de șantier strict prin prisma răspunsului inițial al asocierii și a rigorilor caietului de sarcini, cum este și aceea ca dovezile să provină din partea beneficiarilor lucrărilor și din ele să rezulte perioada în care persoana a participat la execuția lucrării, denumirea lucrării și prețul contractului.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod superficial autoritatea a readmis ofertele asocierilor ... SA - ... SRL și ... SRL - ... SRL, obiecțiile contestatoarei privind nelegalitatea readmiterii acestora prin prisma argumentelor reținute mai sus fiind întemeiate. În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația ... SA nr. 897/20.11.2023, în contradictoriu cu Municipiul ..., va anula raportul procedurii nr. 143604/09.11.2023 și procesele-verbale pe care se sprijină emise în etapa de reevaluare, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, toate în partea care privește ofertele celor două asocieri. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea temeinică a amintitelor oferte, prin prisma considerentelor de mai sus, precum și la emiterea unui nou act de reevaluare, cu respectarea celor ce preced, a deciziei anterioare, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza acelu... temei legal, va obliga autoritatea să comunice ofertanților rezultatul reevaluării, cu respectarea legislației aplicabile.

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației, Consiliul apreciază nefondată cererea de intervenție depusă de ... SA, motiv pentru care o va respinge ca atare, inclusiv cu privire la cererea intervenientei de suportare a cheltuielilor prilejuite de întocmirea și susținerea cererii sale, ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației* – precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă, art. 452 – *partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei*. ... SA, deși a solicitat Consiliului – prin ultima filă a cererii de intervenție – plata cheltuielilor de judecată, nu le-a indicat și nici nu a anexat la cererea de intervenție vreo dovadă a întinderii și efectuării lor. În consecință, capătul de cerere de obligare a contestatoarei la plata cheltuielilor de aferente intervenției se impune a fi respins.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația ... SA nr. 897/20.11.2023, în contradictoriu cu Municipiul ..., în limita criticilor găsite întemeiate, și anulează raportul procedurii nr. 143604/09.11.2023 și procesele-verbale pe care se sprijină emise în etapa de reevaluare, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, toate în partea care privește ofertele asocierii ... SA - ... SRL și asocierii ... SRL - ... SRL. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea temeinică a acestor oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a deciziei nr. .../05.10.2023, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica celor două asocieri și contestatoarei rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 123/29.11.2023, depusă de ... SA, și o respinge ca nefondată, inclusiv în privința capătului de cerere de acordare a cheltuielilor „de judecată”.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

Redactată în cinci exemplare, conține patruzeci și trei de pagini.